



Bruno Teixeira de Paiva

**APROXIMAÇÃO ENTRE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* PARA A COOPERAÇÃO  
PENAL INTERNACIONAL**

Proposta *de lege ferenda* de um mecanismo uniforme de cooperação penal internacional entre  
os países: o instituto da *Colaboração Recíproca Direta*

Tese de Doutoramento em Direito, ramo Ciências Jurídico-Criminais, orientada pelo  
Professor Doutor José Francisco de Faria Costa e apresentada à Faculdade de Direito  
da Universidade de Coimbra

Novembro - 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• C •

**FDUC** FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Bruno Teixeira de Paiva

**APROXIMAÇÃO ENTRE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*  
PARA A COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL**  
Proposta *de lege ferenda* de um mecanismo uniforme de cooperação penal  
internacional entre os países: o instituto da *Colaboração Recíproca Direta*

Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito  
da Universidade de Coimbra para obtenção do grau de Doutor

**Orientador: Professor Doutor José Francisco de FARIA COSTA**

Coimbra  
Junho - 2016

**Doutoramento em Direito (Programa de “Ciências Jurídico-Criminais”)**

**APROXIMAÇÃO ENTRE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*  
PARA A COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL**  
Proposta *de lege ferenda* de um mecanismo uniforme de cooperação penal  
internacional entre os países: o instituto da *Colaboração Recíproca Direta*

**Bruno Teixeira de Paiva**

**Orientador: Professor Doutor José Francisco de FARIA COSTA**

Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra para obtenção do grau de Doutor

Às pessoas sem as quais tudo perderia o sentido: Roberta, Lelê, Josimar, Lúcia, Nana, Octávio, Bia, Victor, Gabriel e meus fiéis amigos. Por eles, todas as minhas razões. A eles, todos os meus agradecimentos.

“No pensamento, o que permanece é o caminho. E os caminhos do pensamento guardam consigo o mistério de podermos caminhá-los para frente e para trás, trazem até o mistério de o caminho para trás nos levar para frente”. (HEIDEGGER, Martin. *A Caminho da Linguagem*. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Universitária São Francisco, 2003. p. 81).

“Devo esclarecer que me censuro por ter deixado que meu senso de discernimento fosse anulado por argumentos e falsos raciocínios seus e de alguns outros, contrários à minha opinião... Eu desejava que você me comunicasse que os partidos e facções tinham sido extintos; que os juízes haviam aprendido e se tornado justos, os advogados, honestos e modestos, adquirido um leve verniz de bom senso; que os tribunais e reuniões de ministros tinham diminuído até desaparecer; que a inteligência, o mérito e a cultura haviam sido recompensados; que os criminosos tinham sido condenados...”. (SWIFT, Jonathan. *Uma Carta do Capitão Gulliver para o seu primo Sympson*, in *As Viagens de Gulliver*, Porto Alegre, LePM, 2005, p. 43 e 44).

“O estranho da inquietação filosófica e da sua solução parece ser que ela é como o sofrimento do asceta que gemia sob o peso de uma pesada esfera e a quem um homem aliviou ao dizer-lhe: ‘Deixa-a cair’. É caso para nos perguntarmos: se estas proposições te inquietam, se não sabias o que fazer com elas, porque não as deixaste cair mais cedo, o que é que te impediu de o fazer? Bem, eu penso que foi o sistema falso ao qual ele pensava ter de se adequar”. (WITTGENSTEIN Ludwig. *Filosofia in Crítica* n° 6, Terramar, Lx., Maio 1991).

“... Com a alegre solidão de todos os inocentes que foram como tais reconhecidos pela justiça. Com a triste solidão de todos os sentenciados como culpados. Com a muda solidão de todas as vítimas e de jeito muito particular com as vítimas de homicídio. Todavia, não haveria perdão nem misericórdia se, um dia sequer, o direito penal faltasse, não aparecesse, mesmo que pelos motivos mais nobres. Fosse, pura e simplesmente, embora. De sorte que, o direito penal, sem heroicidades nem lamentos, continua a representar. E a fazê-lo com a consciência crítica de sua infinita fragilidade porque detentor de um dos últimos e mais terríveis poderes: o de punir... Podemos não querer assistir, podemos não querer ver, podemos mesmo virar os olhos para o outro lado, podemos infantil, malévola e egoisticamente pensar que não é coisa nossa, podemos fazer tudo isso, o que nos é vedado é pensar que não somos nós que não estamos ali a punir. Que estamos ali, todos, a olhar para a vítima, para o delinqüente e para nós...”. (COSTA, José de Faria. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*. Alguns cruzamentos reflexivos, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 90)

## AGRADECIMENTOS

Cabe-me expressar minha gratidão pela colaboração de pessoas absolutamente imprescindíveis para a ocorrência deste momento de vida.

Ao meu mestre, Professor Doutor José de Faria Costa, "orientador sem ser impositivo, rigoroso sem ser obscuro, fundamentador sem ser fundamentalista, claro sem ser simplista", cujo conhecimento jurídico e perfeição de escrita beiram o sagrado, o meu mais incondicional agradecimento.

Meu profundo agradecimento ao Professor Doutor Pedro Caeiro, que, em simples conversas e sugestões, estimulou-me a examinar os problemas da cooperação penal internacional em profundidade que jamais me ocorrera fazê-lo.

Cumpre-me também agradecer ao dileto amigo Fábio D'Ávilla, cujas conversas sobre o tema da Tese ajudaram-me a dar forma a seus tópicos e a evitar erros que não seriam perdoados na escola conimbricense, bem como ao amigo Bruno Moura, exímio conhecedor das Ciências Criminais, cúmplice do esforço despendido nesta jornada além-mar e uma dessas amizades insuspeitas que a vida nos entrega, quando não mais esperávamos.

Ao Prof. Oswaldo Trigueiro do Valle, sem cujo inestimável apoio, não teria condições de levar a cabo esta jornada, e ao fiel e estimulante amigo Oswaldo Trigueiro do Vale Filho, a quem devo, em muito, o início deste caminho que ora começa a se perfazer, externo meu agradecimento, com especial intensidade.

Aos servidores da Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e da Justiça Federal na Paraíba, agradeço a compreensão que nunca me foi negada.

Pelo auxílio prestimoso dos amigos Emiliano Zapata e Cíntia Brunetta, sempre dispostos a ajudar e sempre o fazendo com desprendimento e sabedoria, registro, mais uma vez, minha gratidão.

Foi preciso mais que escrever. Foi preciso pensar, sofrer, suar e chorar sobre os livros, em uma agonia inominável.

Um agradecimento especial ao sempre leal amigo Rogério Fialho, cuja confiança em mim afeiçoada e amizade depositada, ao longo dos últimos 11 anos, permitiram, sem dúvida, este acontecimento.

Ao amigo Fernando Braga, amizade honesta, genuína e vitalícia, com quem continuei a acreditar que a defesa da ética é absolutamente intransigente e inegociável e com quem dividi minhas últimas aflições quando da conclusão da Tese: obrigado, Velhinho.

A Alexandre, André e a cada amigo do Juscorre, companheiros de sempre, irmãos de sempre, personagens cativos de minha história, agradeço, com carinho único, a fidelidade que é única.

Agradeço aos meus pais e a minha irmã, exemplos mais puros de entrega e amor incondicionais a um filho e irmão, por suportarem meu isolamento sem cobranças ou reclamações. Vencemos juntos.

Por fim, tudo isso não se permitiria, não haveria começo nem fim, só inconstância, se uma figura virtuosa de mulher não pairasse ao meu lado, se um tanto de amor não me fosse oferecido... A Roberta, *amor, que muove il sole e l'altre stelle*, obrigado por me aceitar do jeito que eu sou e por me entregar sua vida. A minha casa sempre será sua casa.

À minha amada princesa Letícia, razão de tudo, pela companhia e calma das horas inocentemente passadas ao meu lado, no "Pólo Norte", a indagar-me o motivo de tanto estudo, dedico esta Tese. Com prioridade, agradeço a Deus, por edificar a minha casa sobre rocha inquebrantável.



## Resumo

O objetivo desta tese é, inicialmente, demonstrar que, apesar da diversidade de tratados bilaterais e multilaterais assinados nas últimas décadas, o cenário atual de desenvolvimento de uma persecução penal internacional segura e eficiente encontra-se distante do ideal, afetando tanto o interesse da aplicação eficaz da norma como os direitos fundamentais do arguido. A partir dessa verificação, busca-se sugerir que os Estados devem ambientar-se a uma nova postura de política cooperativa e integracionista, habilitando suas estruturas jurídicas internas e, cada vez mais, acionando e aprimorando seus ordenamentos jurídicos ante o processo de harmonização e de cooperação jurídica internacional. Voltar-se à proeminência das jurisdições estatais internas, estando estas entrelaçadas por amarras materiais e procedimentais de cooperação penal internacional, constitui medida que, sem macular a necessária previsão normativa da legalidade e do poder soberano dos Estados, permitirá a preservação de bens jurídicos de contornos nacionais e internacionais. Busca-se, assim, atingir um modelo de sistema jurídico internacional solidário e cooperativo que envolva, de forma harmônica, recíproca e interdependente, todos os outros ordenamentos jurídicos nacionais, além das ordens jurídicas supranacionais e internacionais existentes, aptas a promover uma adequada dinâmica de cooperação penal internacional entre todos os envolvidos, sem o rompimento dos compromissos de proteção e de promoção dos direitos humanos individuais, agindo, portanto, com critérios de razoabilidade, mas também de eficácia. Entretanto, diante da ampla diversidade de sistemas jurídicos - especialmente os separados por tradições jurídicas diferentes -, intensificada pela especificidade de características de cada um e, em cada sistema, pela multiplicidade de soluções jurídico-penais, a comunhão de interesses jurídicos torna-se uma realidade difícil de ser concretizada. Nesse sentido, criar um alicerce normativo comum entre ordenamentos de distintas famílias do direito (aqui, especialmente, das tradições da *Common Law* e da *Civil Law*) constitui trincheira de transposição ainda mais custosa, eis que a contingência de antagonismo e incompatibilidade possui lastro ainda mais extenso. Em que pese uma gradativa aproximação entre os dois sistemas, nas últimas décadas, restam ainda evidenciados variados distanciamentos entre os mesmos, de modo que se tenta buscar o estreitamento de seus institutos primordiais (precedentes, de um lado, e base normativa mínima, de outro), como forma de incentivar a dinâmica de harmonização e de obter um melhoramento do sistema jurídico de cooperação penal internacional. Na direção de ideias que são postas na presente tese, mesmo sabendo quão longe se está de uma completa uniformidade nas manifestações judiciais, deve-se ter como firme e incorruta a aspiração de se atingir uma justiça penal baseada em uma igualdade de consideração das situações concretas, com os limites que lhe forem impostos pelos precedentes judiciais, desaguando, a partir daí, como proposta última e primordial, na necessidade de constituição de elementos normativos mínimos de determinados injustos penais internacionais e de criação de um instrumento uniforme de cooperação penal internacional entre os diversos países. Nesse aspecto, tentar-se-á demonstrar que cada país e cada tratado sugerem medidas com listas específicas de requisitos, sendo, portanto, inúmeras as variantes, o que acaba, em algum momento, por romper o encadeamento da medida cooperativa solicitada no exterior, prejudicando, assim, a relação de cooperação, bem como - na mesma ou até em maior medida - malferindo a própria segurança jurídica do encaminhamento da persecução penal empreendida através do pleito cooperativo e, pois, a própria situação jurídico-processual do visado. O grande desafio para a cooperação jurídica internacional é a criação de um instituto uniforme que possibilite respeitar o devido processo legal e também as peculiaridades de cada ordenamento, ensejando ao mesmo tempo o aprimoramento da cooperação e o respeito aos direitos do indivíduo. Já que o intuito de desenvolver a cooperação entre os Estados e proteger judicialmente os direitos individuais envolvidos depende de um maior grau de linearidade no procedimento cooperativo, controle judicial e de uma maior desburocratização e aproximação das legislações, será proposta a criação, no âmbito de cada ordenamento jurídico, do instituto da *Colaboração Recíproca Direta* através de jurisdição exclusiva da autoridade judicial de primeiro grau, dispensando a deliberação de quaisquer outros órgãos do Poder Judiciário e a ingerência de qualquer outro órgão diplomático ou de outro poder constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** HARMONIZAÇÃO NORMATIVA - COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL - DIREITO PENAL INTERNACIONAL - CRIMES INTERNACIONAIS - DEVIDO PROCESSO LEGAL - *CIVIL LAW* - *COMMON LAW*

## Abstract

Initially, the purpose of this thesis is to demonstrate that, despite the diversity of bilateral and multilateral treaties signed in recent decades, the current scenario of developing a safe and efficient international criminal prosecution is far from ideal, both affecting the interest of an effective application standard as well as the fundamental rights of the defendant. Based on this verification, this thesis suggests that States should acclimatize to a new position in a cooperative and integrationist policy, enabling its internal legal structures, and increasingly, activating and improving its legal systems before the harmonization process and international legal cooperation. Back to the prominence of the internal state jurisdictions, and being interlaced by material restrains and international criminal cooperation procedures, which constitutes a measure without tarnishing the necessary legislative provisions of law and the sovereign power of States, will allow the preservation of legal assets of National and international boundaries. Thus, it aims to achieve a model of solidarity and cooperative international legal system which involves an harmonic, reciprocal and interdependent manner, all the other national legal systems, in addition to existing supranational and international legal systems, and able to promote a adequate dynamic of international criminal cooperation between all involved, without the disruption of protection commitments and promotion of individual human rights, acting therefore with criteria of reasonableness, but also efficiency. However, given the wide diversity of legal systems - especially those separated by different legal traditions - intensified by the specific characteristics of each and every system, the multiplicity of legal-criminal solutions, the communion of legal interests becomes a reality difficult to bring about. In this sense, to create a common legal foundation between systems of different law families (here especially the traditions of Common Law and Civil Law) is implementing a trench even more costly, once the contingency antagonism and inconsistency has ballast further extensive. Despite a gradual rapprochement between the two systems in recent decades, there are still evidenced varying distances between them, so that it try to get closer to its primary institutes (preceding of one side, and minimal normative basis, of other) as a way to encourage harmonization of dynamics and get an improvement of the legal system of international criminal cooperation. Toward the ideas that are exposed in this thesis, even knowing how far it is a complete uniformity in legal demonstrations, it should be a firm and incorruptible aspiration to achieve a criminal justice based on equal consideration of real situations with the limits which are imposed by judicial precedents, emptying, from there, as the last and primary proposal, the need for establishment of minimum regulatory elements of certain international criminal unjust and creating a single instrument of international criminal cooperation between several countries. In this respect, each country will attempt to demonstrate and each treaty will suggest measures with specific lists of requirements, and therefore numerous variants, which ends at some point, to break the chain of cooperative measure sought abroad, thus undermining the relationship of cooperation, as well as – in the same or even greater extent - seriously wounded its own legal security of the routing of the criminal prosecution undertaken by the cooperative elections and therefore its own legal and procedural status of the individual. The major challenge for the international legal cooperation is the creation of a sole institute which allows comply the due process and also the peculiarities of each system, giving rise at the same time the improvement of cooperation and respect for individual rights. Whereas the aim of developing an cooperation between States and legally protect the individual rights involved depends on a high degree of linearity in the cooperative procedure, judicial control and further reducing bureaucracy and approximation of the legislations, the proposed creation will enforce within each law of the institute an *Direct Reciprocal Collaboration* through exclusive jurisdiction from the legal authority of first degree, dismissing the resolution of any other agencies of the Judiciary and the interference of any other diplomatic department or other constitutional power.

**KEYWORDS: REGULATORY HARMONIZATION – CRIMINAL INTERNATIONAL COOPERATION – INTERNATIONAL CRIMINAL LAW – INTERNATIONAL CRIMES – DUE PROCESS OF LAW – CIVIL LAW – COMMON LAW.**



## ABREVIATURAS E SIGLAS

AA.VV. - Autores vários  
Ac. - Acórdão  
ACTJ- Acórdão do Tribunal de Justiça (das Comunidades)  
ADPCP - *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*  
ADPCP - *Anuario de Derecho penal y ciencias Penales*  
AIDP - *Association Internationale de Droit Penale*  
AJCL - *The American Journal of Comparative Law*  
Arch. pen. - *Archivio penale*  
Art - Artigo  
BFD - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch*  
BFDM - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau  
BMJ - Boletim do Ministério da Justiça (Portugal)  
Cap. - Capítulo  
CE - Comunidade Europeia  
CEDH - Corte Europeia de Direitos Humanos  
CEJ - Centro de Estudos Judiciários  
CESDH - Convenção Europeia Sobre Direitos do Homem  
Cfr - Confrontar  
CJF – Conselho da Justiça Federal  
cit.- citado  
CJTL: *Columbia Journal of Transnational Law*  
Coord. - Coordenação  
CPCr. - Cuadernos de Política Criminal  
CP – Código Penal  
CPPr. Código Penal Português  
CPP – Código de Processo Penal  
CRP - Constituição da República Portuguesa  
CUP - *Cambridge University Press*  
Dir. Director/dirigido  
EAW - *European Arrest Warrant*  
ed.- Edição  
eds. - editores  
EPC - Estudios Penales e Criminologicos  
ERL - *European Law Review*  
et.al. - *et alteri* (e outros)  
FADUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Fordham ILJ: *Fordham International Law Journal*  
GA - *Goltdammer`s Archiv für Strafrecht*  
HILJ: *Harvard International Law Journal*  
Hrsg - Herausgeber (director)  
IALR: *Inter-American Law Review*  
IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais  
IRPL - *International Review of Penal Law*  
ICLQ: *International and comparative Law Quarterly*  
JICJ - *Journal of International Criminal Justice*  
MDE - *Mandado de Detenção Europeu*  
OEA - Organização dos Estados Americanos  
OCICJ - *Oxford Companion to International Criminal Justice*  
Org. - organização

*OUP - Oxford University Press*  
p. - página  
p.ex. - por exemplo  
pp.- páginas  
RDirPA - Revista de Direito Penal da Universidade Autónoma de Lisboa  
RDP- Revista de Direito Penal  
RDPCe - *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*  
RECrIm - Revista de Estudos Criminais - ITEC  
Rev. science crim. - Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé  
RFA – República Federal da Alemanha  
RFDUL - Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
RIDirP - *Rivista Italiana di Diritto Penale*  
RIDirPP - *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*  
RIDPP - *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*  
RIntDP - *Revue Internationale de Droit Pénal*  
RMP - Revista do Ministério Público de Portugal  
RPCC - Revista Portuguesa de Ciência Criminal  
s(s). - seguinte (s)  
s/d - sem data  
sc. - quer dizer, convém dizer  
StGB- *Strafgesetzbuch* (Código penal Alemão)  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ- Supremo Tribunal de Justiça  
T- Tomo  
TCE- Tribunal das Comunidades Europeias  
TFUE - Tratado de Funcionamento da União Europeia  
TPI - Tribunal Penal Internacional  
TPIAI - Tribunal Penal Internacional da Antiga Iugoslávia  
TPIR - Tribunal Penal Internacional para Ruanda  
Trad.- tradução  
UFPR – Universidade Federal do Paraná  
UNODC – *United Nations Office on Drugs and Crime*  
USP – Universidade de São Paulo  
v.g - verbi gratia  
Vol. Volume  
ZStW- *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*  
§ - Parágrafo  
§ - Parágrafos

## SUMÁRIO

Resumo.....	6
Abstract.....	7
Introdução.....	15

### PARTE I

#### PRESSUPOSTOS DE LEGITIMIDADE, ENTRAVES E SOLUÇÕES PARA A HARMONIZAÇÃO NORMATIVA

##### CAPÍTULO 1

LEGITIMIDADE E LIMITES DA JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL.....	27
1.1 - O propósito utópico de criação de um ordenamento penal universal.....	27
1.2- A habilitação dada pelo direito internacional como elemento de conexão para a legitimidade da jurisdição universal.....	37
1.3 - A proteção dos bens jurídicos internacionais como fonte legitimadora do critério de concorrência entre as jurisdições penais dos Estados.....	45

##### CAPÍTULO 2

DOS PRESSUPOSTOS DE LEGITIMIDADE DA HARMONIZAÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO PENAL.....	53
2.1 - A manutenção da ordem da soberania interna como pressuposto de legitimidade material para a harmonização normativa.....	53
2.2 - A integração legislativa interna como pressuposto de legitimidade formal da harmonização das condutas puníveis internacionalmente.....	61

##### CAPÍTULO 3

RAZÕES DETERMINANTES DA NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO PENAL.....	74
3.1 – A necessidade de harmonização normativa diante da insuficiência do sistema tradicional de persecução às infrações internacionais.....	74
3.2 – A necessidade de harmonização diante da ineficiência do modelo dos tribunais penais internacionais.....	87

### PARTE II

#### COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL

## CAPÍTULO 4

OS DIREITOS HUMANOS COMO LIMITES MATERIAIS AOS DESAFIOS E PERSPECTIVAS COMUNS DE COOPERAÇÃO PENAL ENTRE OS PAÍSES.....106

4.1 - A necessidade de harmonização diante das desconformidades legislativas e o paradoxo entre o hipernormativismo e a hipossuficiência protetiva das regras garantidoras dos direitos humanos.....106

4.2 - A proteção dos direitos humanos como referência axiológico-normativa e limite material dos procedimentos criminais de cooperação internacional e paradigma penal de legitimação democrática do processo de harmonização.....119

## CAPÍTULO 5

INTERAÇÕES ENTRE OS SISTEMAS NACIONAIS, SUPRANACIONAIS E INTERNACIONAIS.....128

5.1 - Relacionamento entre as ordens jurídicas internas, supranacionais e internacionais.....128

5.1.1 - Conflito entre norma nacional e supranacional.....134

5.1.2 - Conflito entre norma supranacional e internacional.....140

5.1.3 - Conflito entre norma nacional e internacional: da assimilação das características das normas comunitárias.....142

5.2 - O alinhamento entre as ordens nacional, supranacional e internacional como meio necessário à cooperação internacional e um resultado útil da consecução penal.....154

## PARTE III

HARMONIZAÇÃO DO DIREITO PENAL MATERIAL E PROCESSUAL:

APROXIMAÇÃO ENTRE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

## CAPÍTULO 6

A HARMONIZAÇÃO COMO PRESSUPOSTO DA COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL.....166

6.1 - Os processos de integração regional como etapa primeira da harmonização e cooperação internacional.....166

6.2 - A harmonização de regras mínimas como pressuposto necessário para a viabilidade de uma estrutura efetiva de cooperação penal internacional entre os países.....	179
6.3 - As dissonâncias normativas dos regramentos de cooperação penal internacional previstos nos ordenamentos jurídicos nacionais como razão justificante para a criação de um mecanismo comum entre os países.....	193

## CAPÍTULO 7

HARMONIZAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO-CRIMINAL.....	218
7.1 – A harmonização normativa através do equilíbrio entre regras mínimas comuns e regras dissonantes essenciais à base de cada sistema original: uma tônica entre a Babel e o Esperanto Universal.....	218
7.2 - A inserção dos transplantes legais como mecanismo de desenvolvimento e aperfeiçoamento dos sistemas jurídicos da <i>civil law</i> e <i>common Law</i> .....	234

## PARTE IV

### CIVIL LAW E COMMON LAW: DA DISTINÇÃO À CONVERGÊNCIA ENTRE OS DOIS SISTEMAS

## CAPÍTULO 8

CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS NACIONAIS.....	244
8.1 - Exame das divergências do sistema acusatório e inquisitorial.....	262
8.2 - Diferenças estruturais entre as tradições jurídicas.....	262
8.2.1 – A hierarquia e a relevância das fontes.....	264
8.2.2 – A assimilação do processo de codificação.....	267
8.2.3 – A estrutura e a organização das cortes superiores.....	269
8.2.4 – A formação jurídica dos futuros profissionais.....	273
8.2.5 - Os tipos de juízes que compõem o Poder Judiciário.....	274
8.2.6 – A abrangência do vínculo aos precedentes judiciais vinculantes.....	279
8.2.7 – O caráter inflexível do <i>Common Law</i> .....	280
8.2.8 – Os modelos de investigação pré-processual.....	284
8.3 - O aumento da convergência e da influência recíproca entre as tradições jurídicas da <i>Common Law</i> e da <i>Civil Law</i> .....	288

## CAPÍTULO 9

DA NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE UMA TEORIA DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO ORDENAMENTO JURIDICO DOS PAISES DO <i>CIVIL LAW</i> E DE CRIAÇÃO DE UM MECANISMO UNIFORME DE COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL ENTRE OS DIVERSOS PAÍSES.....	309
9.1 – As normas de conceitos jurídicos indeterminados e o amplo espaço de subjetividade do juiz para a definição dos litígios.....	309
9.2 – A limitação da discricionariedade judicial como pressuposto teórico para uma teoria dos precedentes.....	322
9.3 – A busca por uma maior invariabilidade das manifestações judiciais: o princípio da segurança jurídica, previsibilidade e igualdade e outros aportes teóricos como razões fundantes para a assimilação do sistema de precedentes no sistema romano-germânico.....	335
9.4 – A manutenção do modelo iluminista de legitimação substancial da intervenção penal para a constituição de elementos normativos mínimos de determinados injustos penais internacionais e a criação de um mecanismo uniforme de cooperação penal internacional.....	360
9.5 - Proposta <i>de lege ferenda</i> de um mecanismo uniforme de cooperação penal internacional entre os diversos países: o instituto da <i>Colaboração Recíproca Direta</i> .....	371
10 – CONCLUSÃO.....	405
11- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	416
12 - ANEXOS.....	493
12.1 – O sistema jurídico canadense de cooperação penal internacional.....	496
12.2 - Dos crimes de transcendência internacional no ordenamento jurídico canadense.....	501
12.3 – O sistema jurídico norte-americano de cooperação penal internacional.....	503
12.4 - Dos crimes de transcendência internacional no ordenamento jurídico norte-americano.....	517
12.5 – O sistema jurídico do Reino Unido de cooperação penal internaciona.....	533
12.6 - Dos crimes de transcendência internacional no ordenamento jurídico do Reino Unido.....	549

12.7 – O sistema jurídico alemão de cooperação penal internacional.....	556
12.8 - Dos crimes de transcendência internacional no ordenamento jurídico alemão.....	570
12.9 – O sistema jurídico português de cooperação penal internacional.....	577
12.10 - Dos crimes de transcendência internacional no ordenamento jurídico português.....	583
12.11 – O sistema jurídico brasileiro de cooperação penal internacional.....	607
12.12 - Dos crimes de transcendência internacional no ordenamento jurídico brasileiro.....	618



## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem a intenção de evidenciar, através do método comparativo, o avizinhamento entre as jurisdições pertencentes à tradição romano-germânica e à tradição anglo-americana e, a partir da constatação do aumento gradativo dessa influência recíproca, a necessidade de se criar um ambiente normativo de suporte a uma adequada cooperação penal internacional entre os países integrantes das duas famílias. Em uma visão realista dos sistemas jurídicos contemporâneos e de sua eficácia diante da criminalidade internacional, defrontamo-nos com a inarredável verdade prática de que é preciso um incremento no modo com que os países operam, entre si, a cooperação para fins de persecução processual penal.

Tem-se, por objetivo, inicialmente, demonstrar que a maior eficiência dos sistemas jurídicos de cooperação penal internacional pressupõe o reconhecimento da existência de um padrão normativo harmonizado tanto no enquadramento de certas condutas quanto na previsão de um instrumento processual comum de realização do procedimento de cooperação e que tal intento não significa o mínimo envolvimento com a sedutora (mas ilegítima, diga-se) linguagem de redução dos direitos, liberdades e garantias<sup>1</sup>. Os motivos para a eleição do tema e a proposição do objeto da tese podem ser sumariamente elencados, primordialmente, entre os seguintes:

1) diante da ampla diversidade de sistemas jurídicos, intensificada pela especificidade de características de cada um e, em cada sistema, pela multiplicidade de soluções jurídico-penais, a comunhão de interesses jurídicos torna-se uma realidade difícil de ser concretizada;

2) a prática dos tribunais internacionais tem provado seu muito reduzido alcance para o atingimento de uma justiça penal internacional verdadeiramente eficiente;

---

<sup>1</sup> Tem-se, portanto, o firme e inarredável propósito de tentar não pisar em nenhum dos pântanos a que correspondem, segundo Faria Costa, as linhas de força que estruturam uma ideia de Estado punitivo: “a) Adoção de uma cultura de controle; b) Proliferação de leis de emergência; c) Aumento de leis de tonalidade securitária; d) Assunção aberta e clara de estratégias globais diferenciadas, tendencialmente incompatíveis, para diferentes patamares da vida coletiva; e) Exaltação do oxímoro tolerância zero, enquanto forma ideológica para a satisfação e tutela de medos primários e injustificados; f) Diminuição das garantias processuais; g) Tentativa de neutralização axiológica perante o fantástico aumento da carcerização; h) Defesa doutrinária de um ilegítimo, mas já difuso entre vozes autorizadíssimas, direito penal do inimigo; i) Afirmação de soberba ética; j) Contracção insustentável de espaços livres de direito” (COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou o *plaidoyer* por um direito penal não securitário. In: COSTA, José de Faria. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais* – Visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 89).

3) As evidentes desuniformidades e oposições dos sistemas de cooperação penal internacional, impossibilitando, autenticamente, uma comunicação e funcionamento adequado entre eles;

4) No âmbito da cooperação penal internacional, os sistemas penais das sociedades contemporâneas enfrentam problemas bastante coincidentes, solucionando cada sistema, entretanto, de maneira distinta, as situações geradas pelos comportamentos fáticos socialmente danosos, afetando tanto o interesse da aplicação eficaz da norma como os direitos fundamentais do arguido.

5) a ausência de uma estrutura jurídica com base normativa convergente, no âmbito penal e processual penal, impede a criação de cenário adequado para a mútua assistência e cooperação entre os juízes e Tribunais dos Estados, impedindo o reconhecimento seguro da exequibilidade das decisões advindas de outro sistema penal nacional, cenário que só será alcançado sob um verdadeiro regime de confiança recíproca e total preservação dos direitos e garantias processuais do visado.

Para fins comparativos, os sistemas legais são usualmente agrupados dentro de tradições ou de famílias legais. Tais agrupamentos são, de regra, lastreados em uma história de jurisdição, características, instituições, uso de fontes legais e, mais importante, de uma ideologia jurisdicional<sup>2</sup>. No decorrer deste estudo, tentar-se-á demonstrar que as diferentes tradições legais e suas variações inerentes ao pensamento legal atuarão de modo crucial para determinar como certas regras procedimentais relativas à cooperação penal internacional são interpretadas. Hodiernamente, os sistemas legais dos países contemporâneos agrupam-se, tipicamente, nas tradições legais da *Common Law*, *Civil Law*, a lei islâmica e a lei socialista. Há também uma classificação histórica que agrupa mais uma família jurídica, a dos Direitos sul-americanos<sup>3</sup>, bem como estudos que sugerem a existência de 05 (cinco) grandes grupos de sistemas jurídicos na atualidade<sup>4</sup>, afora outras

---

<sup>2</sup> HEIKKILA, Mikaela. *International Criminal tribunals and Victims of Crime: A Study of the Status of Victims Before International Criminal Tribunals and of Factors Affecting this Status*, Turku, Ins. For human Rights, Abo. Akad. Univ, 2004, p. 43.

<sup>3</sup> BEVILACQUA, Clovis. *Resumo das Licções de Legislação Comparada sobre direito privado*, Bahia: Livraria Magalhães, 1897, p.69. Sobre o desenvolvimento do direito comparado na América Latina: KLEINHEISTERKAMP, Jan. *Development of Comparative Law in Latin America*. In: ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford handbook of Comparative Law*, Oxford, University Press, 2006, p. 261-301.

<sup>4</sup> Assim, um estudo realizado pela Universidade de Ottawa, em 1998, sugere a existência das seguintes famílias: 1) *Civil Law* e sistemas mistos com tradição de *Civil law*; 2) *Common Law* e sistemas mistos com tradição de *Common Law*; 3) direito mulçumano e sistemas mistos com tradição de direito mulçumano; 4) direito costumeiro e sistema misto com tradição de direito costumeiro; 5) sistema misto (GALLO, Paolo. *Grandi Sistemi Giuridici*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 20).

concepções e maneiras de ver o mundo que persistem e que são determinantes em um grande número de sociedades<sup>5</sup>, entretanto a tradicional classificação dos comparatistas reconhece, ao menos, no mundo ocidental contemporâneo, dois grandes grupos de direitos principais: a família romano-germânica e a família de *Common Law*.

A maior parte dos estudos comparados ainda se concentram quase que exclusivamente no *Common Law* e no *Civil Law*. A razão para isso é óbvia: na atualidade, 33,8% das jurisdições mundiais, isto é, 55,6% da população mundial, são baseadas no modelo de *Civil Law*, ou no de *Civil Law* misto com outros, a exemplo das ideologias legais religiosas ou indígenas. O sistema de *Common Law*, juntamente com modelos com ele compostos, inclui 28,24% das jurisdições e 14,68% das populações globais. Assim, as culturas legais de base normativa no *Common Law* ou no *Civil Law* abrangem mais de 70% da população mundial, em mais de 62% de suas jurisdições<sup>6</sup>. A partir desses dados, por uma questão inicial de importância, abrangência e grandeza, a análise e a comparação dessas se disporão no presente estudo.

Em que pese, portanto, a existência de outras tradições jurídicas, permanecer-se-á, na presente pesquisa, em sintonia com a maior parte dos estudos comparativos, de modo a restringir o estudo às tradições legais do *Common Law* e do *Civil Law* e, dentro destes, as operadas nos países da Europa e América<sup>7</sup>. A razão para tanto vem a ser – entre outras várias – até bastante simples: pouco justificaria ultrapassar-se o propósito deste estudo, logo que o procedimento de cooperação penal internacional da quase totalidade dos países que o preveem e o operacionalizam tem sempre sido analisado como produto isolado ou de comunhão entre a tradição do *Common Law* e a tradição do *Civil Law*. Uma outra consideração preliminar merece tessitura: a descrição que se segue acerca do *Civil Law* e do *Common Law* é uma reprodução de como tais tradições legais são geralmente caracterizadas - através da descrição de seus diversos elementos, inclusive

---

<sup>5</sup> Pode-se citar, nesse contexto, o direito socialista da ex-URSS, o direito da Índia, o direito chinês, os direitos do Extremo Oriente e os direitos africanos, todos identificados na obra: DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo.*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.355.

<sup>6</sup> Disponível em: [www.juriglobe.ca/eng/index.php](http://www.juriglobe.ca/eng/index.php), acesso em: 20 de dezembro de 2015.

<sup>7</sup> Com essa significação, Schunemann: “O intenso diálogo jurídico-penal que vem sendo realizado entre Europa e América por sobre o Oceano Atlântico parece-me especialmente adequado para o futuro, de um lado porque as diferenças entre as respectivas culturas impede um intransigente estreitamento das perspectivas às próprias tradições históricas, e de outro, porque o fundamento comum da civilização e a disposição de ânimo nele ancorada, no sentido de buscar uma solução teórica fundamental para os problemas é muito mais presente do que em face do *Common Law*.” (SCHUNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção dos bens jurídicos – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. In Revista Brasileira de Ciências Criminais 53, 2005, p. 17).

institucionais e procedimentais -, tornando-se patente que ditas características têm de ser distinguidas. Diga-se, ainda, que a análise das dissonâncias, que será sistematicamente posta neste estudo, não é o único caminho à descrição das tradições de *Civil Law* e de *Common Law*.

A esse respeito, no presente momento, a caracterização geral deve ser bastante, eis que os elementos de ambos os sistemas de *Common Law* e de *Civil Law* serão tratados em conjunto com a descrição de modelos diversos de cooperação penal internacional e, finalmente, no âmbito das indicações de harmonização que serão sugeridas com a conclusão da presente pesquisa. Obviamente, essa caracterização dos dois sistemas apresentará, talvez, na visão de alguns, imperfeições, quando relacionadas a comparações expostas por grandes autores. Contra tanto, defendemo-nos, aqui, com as palavras de Faria Costa, no sentido de que qualquer tentativa de sistematização dos problemas candentes suscitados pela tensa polaridade normativa entre os sistemas mostrar-se-á uma frustrante incompletude<sup>8</sup>.

Não obstante, isso não deverá representar nenhum ponto de recuo em relação aos propósitos da presente pesquisa. É, a esse respeito, importante indicar que todos os esquemas de caracterização e modelagem somente são convenientes para indicar generalidades, em lugar de especificidades, e que eles devem ser vistos somente como uma ajuda, e não como um substituto para a compreensão. No que se segue, tentar-se-á somente descrever modelos legais já existentes, especificamente voltados à análise da aproximação desses dois sistemas para fins de cooperação penal internacional, demonstrando a eventual evolução dos sistemas de justiça penal advindas dessa aproximação e a necessidade de reavaliação de antigos dogmas pertencentes a cada um dos sistemas legais. A avaliação e a introdução de novos institutos assimilados de um sistema para o outro trará, no mínimo, uma reflexão mais acurada do tema da cooperação penal internacional e das tendências prevalentes atualmente, acerca dos mesmos. Se tal reflexão se prestará, de fato, ao propósito de aperfeiçoamento de ambos os sistemas, deve esse ser objeto de exame subsequente.

Um ponto adicional a se ter em conta é que se deve afastar, desde logo, a expectativa em face do que possa sugerir o tema do presente trabalho no sentido de se buscar comparação dos sistemas nacionais em relação às regras gerais de imputação (a

---

<sup>8</sup> COSTA, José de Faria. *Direito penal especial* (Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial), Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 8.

“Parte Geral” do Direito Penal). Para se chegar a isso, seria necessário um complexo estudo comparativo, incabível dentro dos limites desta pesquisa<sup>9</sup>, o que não é, de modo algum, tarefa possível nesse âmbito. Afora os problemas gerais que a investigação comparada traz, a combinação de dezenas de idiomas e de centenas de culturas legais diferentes requer muitos esclarecimentos preliminares para que se possam abordar os problemas de direito substantivo. Isso porque as ordens jurídicas concretas não representam apenas variantes distintas da realização dos mesmos direitos e princípios, mas nelas refletem-se também diferentes paradigmas jurídicos<sup>10</sup>. Ademais, esses estudos não podem ser levados a cabo por pessoas que trabalhem individualmente, mas sim por um grupo de expertos de todos os Estados-membros, que estejam capacitados para trabalhar como uma equipe e que se encontrem preparados para aprender uns com os outros.

A dependência sociocultural do Direito Penal requer soluções transnacionais que vão mais além das questões de pura técnica legal, de dogmática, de Direito correto ou incorreto. Contextualmente, assevere-se que “a lei penal é seguramente aquela que encarna de forma mais imediata os valores e a cultura jurídica de um povo”<sup>11</sup>. Mesmo que existisse um sistema dogmático de imputação penal superior a todos os demais - o que alguns autores veem no sistema alemão<sup>12</sup> -, não poderia, só por isso, ser aplicado a um Direito

---

<sup>9</sup> Para aqueles que se propõem estabelecer um estudo comparativo e compreensivo em relação a pontos específicos dessa parte geral, o resultado é, normalmente, fracassante. Nesse sentido, na comparação dos elementos da parte geral dos delitos previstos no Estatuto de Roma e na ordem jurídica alemã, restou concluído: “algumas definições, de um sistema a partir da ótica do outro, são simplesmente incompreensíveis” (ROTSCH, Thomas. *Tempos Modernos: Ortodoxia e Heterodoxia no Direito Penal*. in D'ÁVILLA, Fábio Roberto. *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências*, 8 e 9 de jun. 2009, EdIPUCRS, Porto Alegre, 2011, p. 70).

<sup>10</sup> Nesse exato sentido: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 241.

<sup>11</sup> CAEIRO, Pedro. *Perspectivas de Formação de um Direito Penal da União Europeia*. RPCC 6, 1996, p. 193.

<sup>12</sup> Nesse sentido, Faria Costa: “se o diálogo encetado privilegia, em certas alturas, o pensamento e a dogmática alemães, isso advém, não de uma qualquer e injustificadamente atávica sobrevalorização desses referentes, mas antes de um cuidado sopesar quanto à bondade das soluções encontradas por aquele quadrante da cultura jurídica e filosófica Europeia” (COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 20). No mesmo sentido é que se afirma ser o sistema jurídico-criminal alemão “an imposing construct that must be considered one of the great achievements of the human sciences.” (ORDEIG, Enrique Gimbernat, *Sind die bisherigen dogmatischen Grunderfordernisse eines Allgemeinen Teils geeignet, dem heutigen Stand der Kriminalität, der Strafzumessung und des Sanktionensystems zu genügen, in Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?*, at 152, 165, Hans-Joachim Hirsch ed. 2001). Dubber reforça a afirmação do autor aduzindo que “the results of two centuries of German criminal Law theorizing, and of well over a century of concerted doctrinal systematizing (beginning in earnest with the creation of the German Empire and its German Criminal Code in 1871), are indeed impressive.” O mesmo autor aponta, ainda, os reflexos desta magnitude científica no Direito Comparado: “The serious and sustained attention criminal Law theory has received in Germany frequently has been contrasted with the comparative neglect of this subject in Anglo-American jurisprudence, which traditionally

Penal comum a todos os países. Com efeito, as circunstâncias históricas, socioculturais e o contexto de todos e de cada um dos sistemas jurídico-penais devem ser levados em conta<sup>13</sup>. Na realidade, dadas as diferenças entre os sistemas de Direito Penal dos diversos países, os estudos comparativos devem ser restritos a alguns pontos em comum, indicando onde seriam necessários e viáveis os compromissos de aproximação.

Por óbvio, diga-se, ainda, que o propósito de aproximação passa pela análise da questão relativa ao abandono de determinados paradigmas historicamente sustentados na estrutura de cada uma das famílias<sup>14</sup>, sendo certo, com mais convicção, que o abandono de parte de uma estrutura teórica – à guiza de aproximação - só tem razão de ser, se tiver, como resultado prático final, o aperfeiçoamento de uma ou de outra. É relevante que se afirme, quanto a esse aspecto específico, uma intenção firme desta pesquisa no sentido de voltá-la, o quanto possível, aos fenômenos da realidade, isto é, aos fatos, acontecimentos e

---

*has taken a greater interest in matters of private Law and, at least in the United States, of constitutional Law*” (DUBBER, Markus Dirk. *The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment*, v. 6 n. 7, *German Law Journal*, p. 1049). Especificamente quanto a essa última afirmação de Dubber, relacionada aos Estados Unidos da América, ver: FLETCHER, George P., *The Fall and Rise of Criminal Theory*, 1 *Buff. Crim. L. Rev.* 275, 1998

<sup>13</sup> Concordando com a linha exposta por Faria Costa, o Direito Penal deve ser sentido em sua historicidade e em sua representação de modelo social, já que representa a proteção dos valores considerados fundamentais em cada contexto histórico, refletindo, ainda, o equilíbrio das instituições políticas de cada momento com a sociedade onde se inserem. Aduz, ainda, o citado professor, que a evolução histórica desse ramo do direito permite identificar a relatividade e a força de alguns de seus traços mais característicos. Conclui que a sua “compreensão histórica é de capital importância”, já que sua própria finalidade realiza-se na “justiça penal historicamente situada” (COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (Fragmentia Juris Poenalis)*, 2ª ed, Coimbra Editora, 2009, p. 150). O mesmo autor, especificamente quanto ao Direito Penal e à determinação da pena, atesta, respectivamente, em duas outras obras: “o direito penal tem, por conseguinte, de postular-se como uma ordem aberta de valores historicamente situados” (COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 189 e 222); “... a pena representa a reacção de uma comunidade de homens àqueles comportamentos penalmente proibidos por essa mesma comunidade... a pena é o reflexo dos valores dessa comunidade em um certo tempo e um certo espaço” (COSTA, José de Faria. O princípio da igualdade, o direito penal e a Constituição, *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, n. 100, Jan./fev 2013, p. 239). Nesse contexto, Roxin, citado por Morillas Cueva, afirma que um Estado central com uma legislação totalmente unitária não é um objetivo digno de ser perseguido, “pois o Direito e precisamente o Direito Penal é um produto do desenvolvimento cultural dos Estados separadamente” (MORILLAS CUEVA/ VALLS PRIETO. *Hacia La nueva realidad de um derecho penal europeo*. *In: RFDUG*, n 9, 2006, p. 161). Também nesse sentido, aponta-se que o contexto nacional deve ser levado em consideração ao interpretar a definição de crimes e ao proferir sentenças (ZOLO, Danilo. “*Peace through Law*”, 3 *JICJ*, 2004, p. 734). Em um sentido mais amplo, cumpre citar a ideia de inexistência de um ser humano hipotético e abstrato, mas, sim, a de que o ser humano está sempre inserido em uma determinada realidade histórico-social (CASSESE, Antonio. *In diritti umani oggi*. Roma: GF Laterza, 2005, p. 70).

<sup>14</sup> Nesse sentido, discorrendo, especificamente, sobre a aplicação, no Sistema brasileiro, das normas do sistema insular, Nobre Júnior aduz que essa utilização produzirá modificações em um dos paradigmas próprio da noção clássica de Estado, eis que as funções estatais, com a aplicação da teoria dos precedentes, precisaria obrigatoriamente de uma nova definição (NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. O direito Processual Brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 785, mar. 2001, p. 46-72).

tendências emergentes no mundo contemporâneo,<sup>15</sup> e, a partir daí, de extrair suas consequências que tenham caráter um tanto quanto geral, no sentido de se aplicarem a todos ou à maior parte dos sistemas jurídicos modernos, especialmente do mundo ocidental<sup>16</sup>. Buscar-se-á, assim, “o impulso cativante da solução dos casos reais da vida de todos os dias”<sup>17</sup>, sem se descurar, “nem por um instante, a profundidade e a beleza que a dogmática oferece”<sup>18</sup>.

O estudo estará dividido em quatro partes. Na Parte I, tratar-se-á dos pressupostos de legitimidade, entraves e soluções para a harmonização normativa, abrangendo, inicialmente, os limites e legitimidade da jurisdição extraterritorial, em uma abordagem acerca da habilitação dada pelo direito internacional como elemento de conexão para a legitimidade da jurisdição universal e a proteção dos bens jurídicos internacionais como fonte legitimadora do critério de concorrência entre as jurisdições penais dos Estados (Capítulo 1). Após, será feita uma análise acerca da manutenção da ordem da soberania interna como pressuposto de legitimidade material para a harmonização normativa e a integração legislativa interna como pressuposto de legitimidade formal da harmonização das condutas puníveis internacionalmente (Capítulo 2). Ao final, serão ponderadas, em dois pontos diferentes, a necessidade de harmonização normativa diante da insuficiência do sistema tradicional de persecução às infrações internacionais e da ineficiência do modelo dos tribunais penais internacionais (Capítulo 3). A Parte II, que trata da cooperação penal

---

<sup>15</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 111.

<sup>16</sup> Valendo-me, aqui, do lamento de Zaczyk: “Se a ciência do direito penal notoriamente obtém cada vez menos êxito em transpor seus conhecimentos de forma compreensível e útil à práxis, então ela falha em relação ao seu mais nobre fim e permanece alheia ao mundo e à vida e não pode ser uma teoria do direito” (ZACZYK, Rainer. *Über Theorie und Praxis im Recht*, Trad: Sobre a Teoria e a Prática no Direito. In: Widmaier/Lesch/Müssig/Wallau (Ed.), *Fest-schrift für Hans Dahs*, 2005, p. 33). Ainda sobre a necessidade de harmonização entre ciência e prática do direito, veja-se: ROTSCHE, Thomas. *Concerning the hypertrophy of law, A plea for the harmonization between theory and practice*. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ZIS 3/2009, p. 90. O mesmo autor, em outra obra, consigna que a insegurança jurídica não é apenas resultado de uma jurisprudência opositora, senão encontra seu ponto de partida na diversidade de teorias científicas sutilmente elaboradas, altamente controversas e muitas vezes detalhadamente distinguíveis apenas pelos especialistas (ROTSCH, Thomas. *Tempos Modernos: Ortodoxia e Heterodoxia no Direito Penal*. in D'ÁVILLA, Fábio Roberto. *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências*, 8 e 9 de jun. 2009, EdiPUCRS, Porto Alegre, 2011, p. 79). A abordagem é antiga, a partir da indicação de Savigny sobre a má condição do direito com crescente separação entre teoria e prática (SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano*. Atual Editora Unijuí, 2004, p. XXV).

<sup>17</sup> COSTA, José de Faria. *Direito penal especial (Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 7. Em outra obra, o mesmo autor: “O direito é, em nosso entender, uma disciplina da razão prática” (COSTA, José de Faria. *O princípio da igualdade, o direito penal e a Constituição*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, n. 100, jan./fev 2013, p. 230).

<sup>18</sup> COSTA, José de Faria. *Direito penal especial (Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 7.



internacional, está subdividido no exame da proteção dos direitos humanos como referência axiológico-normativa dos procedimentos criminais de cooperação internacional e paradigma penal de legitimação democrática do processo de harmonização (Capítulo 4) e em algumas reflexões relacionadas às interações entre os sistemas nacionais, supranacionais e internacionais para fins cooperativos (Capítulo 5), sendo, uma delas, uma proposta de caracterização da relação entre normas nacionais e internacionais (Ponto 5.2.).

Na Parte III, que trata da aproximação entre *Common Law* e *Civil Law*, o objetivo é identificar e explicar a harmonização como pressuposto da cooperação penal internacional, apontando as dissonâncias normativas dos regramentos de cooperação penal internacional previstos nos ordenamentos jurídicos nacionais como razão justificante para a criação de um mecanismo comum entre os países (Capítulo 6), tratando, ao final, sobre a harmonização normativa através do equilíbrio entre regras mínimas comuns e regras dissonantes essenciais à base de cada sistema original (Capítulo 7). Na Parte IV, finalmente, serão examinadas, detidamente, as convergências e divergências entre os sistemas jurídicos da *Common Law* e da *Civil Law*, através da análise das notas características dos sistemas jurídicos penais nacionais (Capítulo 8). O Capítulo 9 dessa parte, e seus cinco subtópicos, estarão integralmente voltados a sugerir a implementação de uma teoria dos precedentes obrigatórios no ordenamento jurídico dos países da *Civil Law* e de criação de um mecanismo uniforme de cooperação penal entre os países, visando a confirmar o objetivo da tese e a contribuição científica proposta no sentido de aperfeiçoar os sistemas jurídicos da *Common Law* e da *Civil Law* para fins de cooperação penal internacional.

O desenvolvimento de uma obra de aproximação e de harmonização jurídica, de conhecimento e comparação dos Direitos dos Estados-Membros requer não apenas uma atividade de criação e identificação jurídicas, mas, também, o estreitamento das antigas e das novas estruturas jurídicas em seus aspectos fundamentais. Não haveria espaço nem tempo, no presente propósito, para o detalhamento de todas as ressalvas e exceções contidas nos diversos ordenamentos jurídicos dos vários países pertencentes às famílias jurídicas da *Common Law* e da *Civil Law*, estando esta pesquisa voltada para as linhas fundamentais dos dois sistemas.

A primeira grande indagação a que se pretende responder com a presente investigação é se a aproximação entre os sistemas da *Common law* e da *Civil Law* traria

benefícios e aperfeiçoamentos para os sistemas jurídicos de ambas as famílias, ou, ao menos, benefício de um ou outro, assumindo-se, aqui, desde logo, a proposição de Wittgenstein de que só “pode haver dúvida onde pode haver uma pergunta, uma pergunta apenas onde pode haver uma resposta e esta só onde algo pode ser dito”<sup>19</sup>. A alternativa tem sentido, pois a utilização, no sistema continental, das regras relativas à *Common Law*, por exemplo, é capaz de conduzir a um aprimoramento do primeiro sistema, podendo o contrário - benefício ao sistema insular a partir da aplicação de regras do *Civil Law* -, não acontecer. No caso de se atingir, através dessa investigação, um benefício unilateral - apenas para um dos sistemas-, ainda assim, a presente pesquisa terá atingido seu objetivo.

É certo também que cada um dos sistemas carrega, indissociavelmente, determinados dogmas que servem para sustentar conceitos e institutos próprios que, na realidade prática de países que se formaram a partir de determinada tradição, não podem ser totalmente aderentes às teorias de outros sistemas<sup>20</sup>. Desse modo, é importante esclarecer que a convergência não deve se tornar um fim em si mesmo, sem relação com identificáveis benefícios mútuos, devendo visar a uma otimização e simplificação da cooperação penal internacional entre os países, em paralelo com a preservação da sua autenticidade e variedade cultural, sem que se afaste, um só instante, da preservação dos direitos e garantias individuais dos envolvidos<sup>21</sup>. A partir de tal premissa, a cooperação não pode ser identificada como instrumento dedicado primordialmente ao uso da acusação, como mais um instrumento de combate ao crime, mas como procedimento que tem por finalidade a consecução de um processo justo. Tentar-se-á demonstrar, nesse aspecto, que se pode alcançar uma cooperação jurídica internacional mais segura e efetiva, ao mesmo tempo em que sejam respeitados os ordenamentos jurídicos envolvidos e o respeito

---

<sup>19</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tratado Lógico-Filosófico – Investigações Filosóficas*. 4.ed. Editora Fundação Calouste Gulbenkian 2008, p. 52.

<sup>20</sup> É imperioso que se atenha, da forma o mais precavida possível, para a realidade de que, em cada nação, existem especificidades irreduzíveis, as quais seria arriscado não serem levadas a efeito. Isso, segundo aduz Sieber, tanto do ponto de vista do rol das condutas puníveis (suas penas, espécies e rigor), quanto do ponto de vista da execução penal e do processo penal (SIEBER, Ulrich, “*Mastering Complexity “Mastering Complexity in the Global Cyberspace”*”. In: M. DELMAS-MARTY/ M. PIETH/ U. SIEBER (eds). *Les chemins de l’harmonisation pénale*, 2008, n. 10, p. 407-413. Tais especificidades, segundo nos aponta Caeiro, “longe de constituírem ‘caprichos nacionais’, são frequentemente expressão da identidade nacional do Estado” (CAEIRO, Pedro. *Perspectivas de Formação de um Direito Penal da União Europeia*. RPCC 6, 1996, p. 201).

<sup>21</sup> Os valores da convergência na sociedade moderna são, segundo Merryman, a facilitação internacional das transações, o aumento do bem-estar geral, a promoção da cultura e a promoção da compreensão internacional (MERRYMAN, John. *On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law*, The Michie Company, Charlottesville/VA, 1994, p. 19).

irrestrito aos direitos e garantias individuais dos investigados. Quando as forças de convergência ameaçarem o equilíbrio entre uma cooperação eficaz, o reconhecimento da diversidade de sistemas jurídicos e os direitos dos investigados, tornando mais complexo ou até ilegítimo o propósito de persecução penal dentro de sua realidade, o objetivo seria claramente ultrapassado e chegar-se-ia no momento de recuar e reconsiderar.

Seria de todo impertinente sugerir uma reforma completa nos mecanismos de cooperação penal entre todos os países pertencentes aos sistemas da *Common Law* e *Civil Law*, levando em conta cada especificidade e a posição concreta e detalhada de cada país no seu papel de Estado cooperante na comunidade internacional. Isso demandaria um diagnóstico preciso e detalhado – mas impróprio no âmbito desta pesquisa – do tipo de Judiciário existente em cada país, do seu grau de independência com o Executivo e Legislativo e do equilíbrio ou desequilíbrio entre os seus poderes. Daí que não se pretende conduzir uma pesquisa jurídica comparativa apenas preocupado em descrever legislação e sugerir a transferência de institutos eficazes de um para outro sistema, mas fazer aproximar adequadamente os sistemas jurídicos através da análise relativamente universal de seus problemas e ineficiências, partindo-se, para tanto, da seguinte constatação: todas as dificuldades no processamento da cooperação penal internacional têm, como ponto em comum, o fato de os Estados envolvidos não pertencerem à mesma tradição jurídica ou devido à falta de regulamentação uniforme das ordens jurídicas. Tudo isso sem nos decorarmos do propósito sempre advertido por Faria Costa de encontrar “rumos de fundamentação e linhas de legitimidade material”<sup>22</sup>.

Busca-se, para além de tal aspecto, com a mesma pesquisa, tentar responder a dois outros e mais específicos questionamentos – sem, entretanto, pretender que haverá respostas com as quais todos concordem -: aproximados os sistemas, a conformidade por parte de um, dos mandamentos que regem o outro, teria aptidão para atribuir identidade de tratamento às hipóteses revestidas de uniformidade entre si? Em caso afirmativo, essa similitude de tratamento daria, desta sorte, ensejo a uma maior efetividade da estrutura processual e, conseqüentemente, a uma maior segurança da prestação jurisdicional, aprimoramento da resposta estatal à solicitação do bem de vida feito através do processo e

---

<sup>22</sup> Conforme pontua o referido autor, “a necessidade de aprofundarmos os problemas atinentes ao sentido legitimador e às justificações que os vários discursos jurídicos vai construindo, até como parte integrante e indiferenciável da própria justificação material” (COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 14).

preservação das garantias individuais dos envolvidas na relação processual? Ainda assim, se chegarmos à conclusão de que o processo de harmonização resulta em uma evolução legal para os sistemas - no sentido de tornar mais desenvolvido cada um dos sistemas - a questão adicional que surge é a de saber qual modelo deve prevalecer no processo de convergência para tornar os sistemas emergentes mais eficientes. É o que se pretende demonstrar ao fim de tudo.

## **PARTE I**

# **PRESSUPOSTOS DE LEGITIMIDADE, ENTRAVES E SOLUÇÕES PARA A HARMONIZAÇÃO NORMATIVA**

# CAPÍTULO I

## LEGITIMIDADE E LIMITES DA JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL

### 1.1 - O propósito utópico de criação de um ordenamento penal universal

Perde-se, no decorrer da história, a quantidade de vezes em que se propagou a ideia de implementação de um ordenamento penal universal com o objetivo de codificar, uniformemente, as infrações penais que afetam bens considerados comuns à sociedade internacional, bem como de processar e julgar as referidas infrações penais de abrangência internacional. A primeira dificuldade, recorrentemente enfrentada no plano teórico, sempre foi a inexistência de previsões penais internacionais uniformes e universalmente aceitas, sendo a positivação dessas balizas materiais, requisito essencial para o desenvolvimento comum de uma persecução penal de alcance internacional. No início do século XIX, surgiu, na Europa, a ideia de formalização de um Código Penal Universal, através de um projeto cujo teor tratava de uma compactação de todas as previsões normativas penais previstas nos códigos criminais existentes à época<sup>23</sup>. No final do século XIX e início do século XX, podem-se contabilizar mais duas tentativas de sistematizar um Direito Penal de moldes universais, através de Von Betz e Hagburger, intentos esses que nem chegaram a se transformar em projeto de código. Os esforços para a elaboração de um sistema penal único só passaram a obter ares de seriedade e cientificidade, entretanto, com a elaboração das Máximas para a formação de um Código Penal Internacional de Garófalo.

Sugeria-se, desde o início do século XIX, que a unidade da norma penal mostrava-se como a melhor forma de reprimir as condutas ilícitas internacionais e de atingir, conseqüentemente, o bem estar social geral. Essa perspectiva cosmopolita identificada entre o final século XIX e o início do século XX foi, na visão de Zolo, um objetivo conscientemente perseguido pelo projeto hegemônico estadunidense da época

---

<sup>23</sup> A ideia de unificação não era restrita ao Direito Penal. Segundo atestava SARFATTI, a busca pela unificação configurava a própria finalidade do direito comparado, sendo as duas indissociáveis. Assim pontificou: “Qualquer que seja a meta a que o comparatista se proponha, ele deve ter presente como ideal extremo a unificação internacional do direito” (SARFATTI, M. *Introduzione allo Studio Del diritto comparato* Turim, 1933, p. 121). Em 1924, nascia a Academia Internacional de Direito Comparado, que propunha o aperfeiçoamento das leis dos diferentes países do mundo através da supressão e conciliação das divergências. Nesse mesmo contexto (1926), surgiu, em Roma, o UNIDROIT (*Institut international pour l'unification du droit privé*), que preserva, até hoje, seus objetivos iniciais: “*modernising, harmonising and co-ordinating private and in particular commercial law as between States and groups of States and to formulate uniform law instruments, principles and rules to achieve those objectives.*” (<http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=103284>. Acesso em: 17 nov. 2012, às 7 h).

fundamentado na versão universalista da doutrina Monroe, com a qual os Estados Unidos tentaram impor a sua hegemonia em escala global<sup>24</sup>. Segundo Zolo, a ideia de um novo ordenamento mundial – institucionalizado, supranacional e ecumênico – afirmara-se progressivamente na Europa, superando a clássica disputa entre monismo e pluralismo do direito internacional, e entre o primado do direito internacional e dos ordenamentos nacionais<sup>25</sup>.

Ainda no início do século XX, em 1925, Pella apresentou, perante a Academia de Direito Penal Internacional de Haia, o que pode ser considerado um verdadeiro projeto de Código Penal Universal, cuja sistematização normativa se aplicaria a todas as infrações penais comuns e aos cidadãos de todos os países<sup>26</sup>. O citado autor exaltou o direito penal internacional como sendo as regras substantivas e processuais necessárias à regulação da forma de reprimir as ações cometidas pelos Estados-membros ou indivíduos que perturbassem a ordem pública internacional e a harmonia entre as pessoas<sup>27</sup>. Em um plano processual, a criação de um tribunal permanente voltado à

---

<sup>24</sup> Ainda segundo Zolo, o constitucionalismo liberal europeu do século XIX era, assim, aplicado *tout Court* à comunidade internacional e sobre esta conseguia produzir uma drástica marginalização das instituições estatais: os Estados e os povos nestes organizados eram privados de qualquer soberania e, com isso, terminavam juridicamente destronados. Paralelamente surgia o projeto de uma *civitas máxima* – já previamente proposto por Christian Wolff e reformulado por Hans Kelsen em 1920 (KELSEN, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Tübingen, Mohr, 1920, trad. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 355-402) – como uma instituição específica, regulada por uma *common law* universal e sob a jurisdição de uma magistratura internacional. Era o modelo, individualista e universalista ao mesmo tempo, de um Estado de Direito mundial que o Ocidente teria a obrigação de exportar para cada canto da terra” (ZOLO, Danilo; Carl Schmitt. A Profecia da Guerra Global. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. N 5, Out./Dez. 2008, p. 72). Tanto o francês Scelle (SCELLE, Georges. *Précis de droit des gens*. Paris: Sirey, 1932-1934) quanto o inglês Lauterpacht (LAUTERPACHT, Hersch. *The Function of Law in the International Community*. London: Clarendon Press, 1933), vislumbravam, à época, o atingimento de um ordenamento jurídico mundial no qual as instituições internacionais, a ordem mundial e a humanidade inteira fossem integradas de forma recíproca.

<sup>25</sup> ZOLO, Danilo; Carl Schmitt. A Profecia da Guerra Global. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. N 5, Out./Dez. 2008, p. 72.

<sup>26</sup> Delimitando os pormenores da definição do que se podia entender por Código Penal universal, o próprio autor assim pontificou: “*Nosotros entendemos por Código Penal universal la unidad que comprenda las incriminaciones y las penalidades de las infracciones de Derecho común en todos los Códigos de los diferentes Estados. Esta unidad, como nosotros la concebimos, permitirá el castigo del infractor de Derecho común, cualquiera que sea el lugar donde sea aprehendido. Las diferencias que ahora resultan de la combinación de los principios de la territorialidad con los de la personalidad de las leyes penales desaparecerán totalmente.*” (PELLA, Vespasiano. *La criminalidad colectiva de los Estados y el Derecho Penal Del porvenir*. Trad. Jerónimo Mallo. 3. Ed. Madrid: M. Aguilar Editor, 1931, p. 224).

<sup>27</sup> Pella tomou, como base jurídica para a elaboração de suas premissas penais universais, o Pacto da Liga das Nações, o Protocolo de Genebra e o Tratado da Paz de Versalhes, tendo, a partir daí, confeccionado uma série de diretivas voltadas à preservação da ordem social da comunidade internacional e ao estabelecimento de relações pacíficas e harmônicas entre os Estados. Esta obra ficou conhecida como “Princípios Fundamentais de um Código Repressivo das Nações.” (Ibid., p. 168).



responsabilização penal dos acusados, em face dos quais se atribuía a autoria de infrações penais internacionais - a exemplo da atual previsão da quadrilogia dos crimes de guerra, de agressão, de genocídio e contra a humanidade (contidas no Estatuto de Roma) – constitui propósito há muito perseguido pela sociedade internacional, do mesmo modo como ocorrera com o direito material<sup>28</sup>.

Segundo os precursores dessa Jurisdição Penal Internacional, a comunidade internacional sempre se mostrou incapaz - ante a debilidade, inaptidão ou falta de isenção dos tribunais nacionais - de reprimir a violação aos bens internacionais. A falta de isenção dos tribunais nacionais é uma realidade especialmente presente, quando se extrai como parâmetro os crimes de guerra, eis que os sujeitos ativos dos crimes são, na maioria das vezes, políticos ou militares do mais alto escalão de governo, posição que os favorece perante a jurisdição de seu país de origem, não só por conta de suas eventuais influências no julgamento, mas, principalmente, porque valia, antigamente, a ideia de que as práticas ilícitas cometidas durante o conflito armado deveriam ser imputadas apenas ao Estado, sem repercussão em face dos agentes que operavam em seu nome<sup>29</sup>.

A inexistência de uma unidade penal interestatal sempre representou a principal dificuldade para se implementar um ordenamento criminal universal com sustentáculo no dogma da legalidade<sup>30</sup>, eis que a materialização e aceitação harmônica de uma lei penal internacional prévia constitui obstáculo de difícil transposição. O esforço para compendiar todas as legislações e, conseqüentemente, empreender um mecanismo uniforme de exercício de uma jurisdição penal internacional, defronta-se com a autoproteção inata dos Estados advindas de seu poder soberano de evitar interferências

---

<sup>28</sup> Nesse sentido, *vide*: MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v.2, p. 816.

<sup>29</sup> Lembre-se, a título de exemplo, o tribunal alemão do pós-Primeira Guerra Mundial, cujo saldo condenatório foi de apenas 06 (seis) dos acusados.

<sup>30</sup> Segundo Faria Costa, o Direito Penal “centra toda a sua narrativa em três cânones muito precisos e bem delimitados: lei certa, precisa e anterior” (FARIA, Costa. O Direito Penal, a Linguagem e o Mundo Globalizado, *Babel ou Esperanto Universal?*. in D’ÁVILLA, Fábio Roberto. *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências*, 8 e 9 de jun. 2009, EdiPUCRS, Porto Alegre, 2011, p. 12). O princípio da legalidade representa, pois, função de garantia da lei penal, abrangendo: a proibição da retroactividade (*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*), a proibição da analogia incriminatória, a proibição do recurso ao direito consuetudinário, a necessidade de determinação da lei penal (princípio da legalidade em sentido estrito). Pressupõe, assim, a exigência de lei penal, escrita (*lex scripta*), anterior (*lex praevia*), certa (*lex certa*), e estrita (*lex stricta*). Nesse sentido: MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte geral I - Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. 7. ed., Buenos Aires, 1994, p. 157; ESER, Albin, BURKHARDT, Bjorn. *Derecho penal*. Trad. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Colex, 1995, p. 50-67; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Lições*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1975, p. 90.

internas advindas de ordenamentos jurídicos nacionais estrangeiros ou mesmo de viés supranacional. Costumeiramente, mostra-se difícil a aceitabilidade de sanções impostas a cidadãos nacionais por parte de tribunais de jurisdição externa, não apenas na visão dos Chefes de Estado e de Governo, que possuem o temor adicional de responderem, eles próprios, por práticas, de caráter político, realizadas quando do comando governamental<sup>31</sup>, mas também na dos próprios cidadãos.

A concretização de um verdadeiro ordenamento criminal universal para responsabilização dos autores de infrações praticadas em desfavor de bens jurídicos de transcendência internacional requer mais que a quebra das barreiras e preconceitos acima apontados, mas especialmente o preenchimento de uma série de requisitos. Aponta-se, em juízo crítico, como pressuposto para o estabelecimento de um “Sistema Penal Universal de responsabilização individual”, a necessidade de prévia consagração de um princípio de supremacia do Direito Internacional, sendo este assimilado através de acordos firmados por todos os Estados<sup>32</sup>. Um ordenamento criminal internacional exigiria, ainda, como balizamento mínimo, a criação de normas penais internacionais previstas em um Código Internacional Penal, como forma de oferecer um regramento que pudesse preservar o princípio da legalidade<sup>33</sup>.

Supondo-se a concretização da remota possibilidade de existência de uma codificação penal universal, partir-se-ia para a regulamentação, por parte da ONU, de uma jurisdição supranacional com competência para atingir todos os Estados membros. Referida regulamentação uniforme, entretanto, enfrentaria as mesmas dificuldades postas à criação de um Código Penal Universal, além de outras barreiras inerentes a um sistema

---

<sup>31</sup> MORAIS, Carlos Blanco de, A Responsabilidade Criminal em Direito Internacional, *Revista de Direito Internacional Público*. Curso de Mestrado do ano de 1984/1985, p. 167-168.

<sup>32</sup> A adoção do referido princípio evitaria a sujeição de uma pessoa, pela prática de uma mesma infração penal, aos reflexos, muitas vezes, inconciliáveis de duas normas em pleno vigor, sendo uma do direito interno, e outra, do direito internacional (Ibid., p. 168).

<sup>33</sup> Segundo Blanco de Moraes, a concretização do referido código dar-se-ia, alternativamente, ou de maneira impositiva, através da intervenção da Organização das Nações Unidas, ou por celebração convencional multilateral ou universal. Tecendo considerações críticas quanto à hipótese, o autor posiciona-se da seguinte forma: “Tal código, de preferência, deveria nas suas normas incluir uma regra de comportamento e uma regra repressiva. Uma estrita via convencional, deixaria de fora numerosos Estados reticentes à universalização do referido Código, criando-se uma situação de desigualdade inadmissível (os dirigentes e cidadãos dos Estados não signatários ficariam impunes para a realização de crimes contra a ordem pública internacional, enquanto os restantes estariam sujeitos ao rigor de uma jurisdição extra-estadual).” (Ibid., p. 168).

processual com referido grau de complexidade<sup>34</sup>. Refira-se, nesse contexto, à severa dessemelhança jurisprudencial que ressalta das decisões advindas do Judiciário dos diferentes Estados, no que diz respeito, especialmente, ao delineamento das figuras criminais típicas, à configuração dos mecanismos de punibilidade e à incompatibilidade quanto a certas divergências, no âmbito da criminologia e da sua política criminal, fatores que recrudescem a dificuldade de elaboração e formação de um Sistema Penal Universal.

Essa dificuldade se revela, quando se verifica que a perseguição à completa unidade normativa penal, buscando conjugar, em um só texto formal, diferentes tradições jurídico-penais -, também foi e é frustradamente arquitetada no plano regionalizado, com as tentativas de concretização do antigo Código Tipo para a América Latina<sup>35</sup> e do atual *Corpus Iuris*<sup>36</sup>. Quanto ao primeiro, foram elencadas uma série de dificuldades que

---

<sup>34</sup> Pode-se elencar uma série de dificuldades de ordem prática e de fontes processuais a que se submeteria um ente detentor de uma jurisdição supranacional: “- As Nações Unidas teriam de prestar assistência ao referido tribunal (dado o risco da sua paralisia por inércia dos Estados); - Necessidade de emendar a Carta, dado que esta não prevê tal gênero de jurisdição; - Problema da nomeação dos juízes, tendo em conta a sua nacionalidade; - Relevância das circunstâncias políticas internacionais no processo e as influências ideológicas sobre os juízes; - Necessidade de modificação das constituições de todos os Estados tendo em vista a compatibilização do ordenamento criminal interno com o ordenamento internacional e permissão de aplicabilidade imediata na ordem nacional para julgamento dos seus cidadãos, das disposições de Direito Internacional; - Prever um instrumentário coactivo que obrigasse os Estados a entregar voluntariamente os seus responsáveis por violação do Direito Internacional à Justiça Universal, sem a concorrência da contingência de cenários de vitória militar, cuja situação de facto criada, inquina toda a independência de semelhante processo” (MORAIS, Carlos Blanco de, A Responsabilidade Criminal em Direito Internacional, *Revista de Direito Internacional Público*. Curso de Mestrado do ano de 1984/1985, p. 169).

<sup>35</sup> A finalidade central desse Código - produzido pelo Instituto de Santiago do Chile, em 1963 - baseou-se na elaboração de um modelo normativo básico para todos os ordenamentos jurídico-penais latino-americanos, composto de estruturas legais comuns passíveis de unificação e destinado a servir de instrumento de defesa social em favor dos indivíduos das nações envolvidas. Em que pese sua riqueza de propósito, o Código Penal Tipo para a América Latina fracassou logo em seus primeiros momentos.

<sup>36</sup> Publicado em 1997 e, posteriormente, em nova versão, no ano 2000, a partir de uma iniciativa promovida pela Comissão Europeia, o *Corpus Iuris* pretende concretizar uma unificação penal europeia, tanto no plano substantivo quanto processual, tendente a criar, por meio de normas com fundamentos comuns e uniformes, um espaço judicial europeu na esfera penal. A sua essência pode ser percebida na leitura da exposição de motivos feita por M. Delmas Marty e J. A. E. Vervaele, coordenadores do grupo de estudiosos responsáveis, nos idos de 1995 e 1996, pela elaboração do referido texto: “*L’essenza del Corpus Iuris è fondata su un regime misto: le componenti nazionali e comunitarie sono combinate in vista della trattazione delle cause penali negli Stati membri e non a livello dell’Unione... L’armonizzazione del diritto penale e della procedura penale, così come l’integrazione regionale, si confermano in Europa quali temi politici sensibili, Che suscitano opinioni divergenti sia nel mondo politico che in quello giuridico. Le autorità politiche degli Stati membri sono pienamente consapevoli del fatto che l’integrazione europea implica nuove sfide per la giustizia penale e che, pertanto, questa richiede delle riforme. La nuova formulazione del terzo pilastro e la costituzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia prevista nel Trattato di Amsterdam ne sono il risultato. Per altro verso, si ritiene che gli strumenti attuali siano sufficienti e che, grazie alle convenzioni di terzo pilastro, allorquando esse vengano ratificate, e attraverso La cooperazione, i problemi possano essere affrontati in maniera soddisfacente*” (Disponível em: [http://ec.europa.eu/anti\\_fraud/documents/fwk-green-paper-corpus/corpus\\_juris\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/fwk-green-paper-corpus/corpus_juris_it.pdf), Acesso em 30 out 2012, às 14h. Em breve síntese histórica sobre a importância do *Corpus Iuris*, Bacigalupo pontifica: “Nas

contribuíram para sua prematura derrocada: segundo Fragoso, fora concluída apenas a Parte Geral, nela não se encontrando soluções inovadoras para os grandes problemas do Direito Penal da época<sup>37</sup>. No que é pertinente ao segundo, conforme a crítica de Rotsche, trata-se, tão somente, de uma estrutura legal altamente rudimentar de um Direito Penal meramente econômico europeu e uma “padronização tão só reflexiva de uma Parte Geral”, bem como de regras penais desenvolvidas estritamente para a proteção dos interesses financeiros da União Europeia<sup>38</sup>.

Essa ideia de uma normatização uniforme encontra-se ainda hoje presente, não na silhueta de busca por um código único – formalmente promulgado -, mas, como algo próximo, na intenção de fazer tudo, conforme refere Faria Costa, “em nome de uma certa uniformização, em nome de uma determinada homogeneização, em nome de um

---

suas versões de 1997 e de Florença de 2000, o *Corpus Juris* poderá ser visto, por isso, como uma primeira tentativa de unificar de uma forma teórica e interpretativa o direito penal na Europa.” (BACIGALUPO, Enrique, ‘Existem condições para um Direito Penal Europeu?’. Conf. em 4 de Jul. 2008, na Escola Judicial do Conselho Geral do Poder Judiciario, Barcelona, *Revista, Julgar*, n. 6, 2008, p. 23). Ver, também, quanto ao tema, outro escrito do mesmo autor e outras obras: BACIGALUPO, Enrique. *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus Juris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*. Madrid; Ed. Colex, 1998; JESCHECK, Hans Heinrich. *La tutela penale dei Beni giuridici Dell Unione Europea*, p. 238; MOCCIA, Sergio. *La politica criminal del Corpus Juris: dal Corpus Juris al diritto penal europeu?*. In: *Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: 2003, p. 387; DIAS, Silva. De que direito penal precisamos nós europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um direito penal comunitário. In: *RPCC*, ano 14, n. 3, Jul.-Set. 2004, p. 316.

<sup>37</sup> Ainda segundo o autor, “o sistema de trabalho adotado, com a busca de soluções legislativas com critérios democráticos, em grandes assembleias heterogêneas, sem qualquer base criminológica, tinha que conduzir a fórmulas de compromisso inadequadas, que geralmente se inspiram na doutrina italiana e germânica que hoje domina a ciência do direito penal nessa parte do mundo” (FRAGOSO, Heleno. Relatório apresentado ao colóquio realizado pelo *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau*. In *Revista de Direito Penal*, n. 24, editora Forense, Rio de Janeiro, 1979, p. 17-25). Vide, também: VERIN, J. ‘*Le projet de Code Pénal modele pour l’Amerique Latine*’. *Revue Se. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1973, p. 857).

<sup>38</sup> ROTSCHE, Thomas. ‘Tempos Modernos: Ortodoxia e Heterodoxia no Direito Penal’. in D’ÁVILLA, Fábio Roberto. *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências*, 8 e 9 de jun. 2009, EdiPUCRS, Porto Alegre, 2011, p.68. Em crítica semelhante, ver: “Efectivamente, el *Corpus Iuris* limita la pretensión unificadora a los delitos de fraude al presupuesto comunitario, fraude en concursos y subastas públicas, corrupción de funcionarios, ejercicio abusivo del cargo por parte de funcionarios comunitarios, malversación de fondos comunitarios, revelación de secretos oficiales y blanqueo y receptación. Esta limitación objetiva del *Corpus Iuris* plantea el riesgo de que la pretensión unificadora del Derecho penal quede limitada a un planteamiento “institucionalmente endogámico”, en detrimento de una propuesta unificadora de eurodelitos más atenta a las necesidades de tutela de los bienes jurídicos del ciudadano y de la sociedad europea. En este sentido, el *Corpus Iuris* ha descartado una propuesta más ambiciosa, que hubiera podido contemplar la tipificación de conductas que reclaman la uniformidad en la respuesta penal” (PRATS, Fermín Morales. ‘*Los modelos de unificación del Derecho Penal en la Unión Europea: Reflexiones a propósito del "Corpus Iuris"*’, *Revista Penal*, n. 03, 1999, p.33).

‘esperanto universal’<sup>39</sup>. Em outra obra, o mesmo autor assevera que essa tendência devastadora de homogeneização acaba por conduzir ao absolutismo global e gerar uma constante sensação de insegurança social<sup>40</sup>. Assim é que a presente pesquisa, concordante com as preocupações do aludido professor, voltar-se-á à harmonização e sistematização mínima<sup>41</sup> entre determinadas normas dos diversos ordenamentos jurídicos – longe, portanto, de uma uniformização ou de uma unificação completa das legislações<sup>42</sup>-, sem deixar de ponderar, a todo instante, as resistências culturais e as variantes jurídico-penais dos sistemas penal e processual penal de cada ordenamento nacional<sup>43</sup>. O propósito não é,

---

<sup>39</sup> COSTA, José de Faria. O Direito Penal, a Linguagem e o Mundo Globalizado, Babel ou Esperanto Universal? in D'ÁVILLA, Fábio Roberto. Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências, 8 e 9 de jun. 2009, EdiPUCRS, Porto Alegre, 2011, p. 17.

<sup>40</sup> COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou o *plaidoyer* por um direito penal não securitário. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da Silva. Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – Visão luso-brasileira-. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 89.

<sup>41</sup> Voge aduz que a própria conceituação de harmonização baseia-se na criação de *standards* mínimos internacionalmente válidos para o Direito Penal e o Direito Processual Penal (VOGE, Joachim R. *La internacionalización del Derecho penal y del Proceso penal*. Revista Penal n. 22, Wolters Kluwer España, S.A., Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla, Jul. 2008, p. 163). É a propósito da adoção de medidas que prevejam normas mínimas quanto aos elementos constitutivos dos crimes que a doutrina vem falando em harmonização (PINTO, Inês Horta. *A Harmonização dos Sistemas de Sanções Penais na Europa – Finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas de futuro*. Coimbra Editora, set. 2013, p. 80).

<sup>42</sup> Embora se aceite, de forma quase unânime, a equivalência entre os termos, há quem proponha uma diferenciação técnica entre a uniformização e a unificação do direito. Nesse sentido: “Uniformização (*uniformisation*) das normas é aquele procedimento pelo qual diversos legisladores adotam uma norma formulada do mesmo modo, ou um único legislador introduz em vários ordenamentos normas formuladas de modo idêntico. Isto é diferente da unificação. Esta última consiste na criação de uma norma única, aplicada sob os cuidados de autoridades pertencentes a uma única pirâmide, ou por operadores que agem com uma unidade de objetivos, representada por um corpo unitário de juristas, e destinada a substituir uma pluralidade de normas divergentes e autônomas. Assim, p. ex.: a entrada em vigor do Código Civil italiano de 1865 unificou o direito civil italiano; a entrada em vigor do Tratado de Roma unificou o direito europeu em matéria de acordos; as convenções de Genebra e a lei uniforme sobre venda internacional de produtos, unificaram, sem sacrifícios, o setor jurídico que se ocupavam” (SACCO, Rodolfo. Introdução ao direito comparado. Tradução de Véra Jacob de Fradera. Título original: *Trattato di diritto comparato*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 30-31). Os termos serão postos, no presente texto, de forma indiferenciada, sem adotar, portanto, a classificação do professor italiano.

<sup>43</sup> Essas nuances, aliás, retratam os que alguns, tecnicamente, identificam como ordem distintiva entre os institutos da harmonização e da unificação. Esta última significaria a completa substituição de um corpo de normas por outro e integral modificação estrutural e orgânica, como imposição de um novo modelo e sem a preservação da diversidade que caracteriza cada sistema. A harmonização adviria da incorporação das normas internacionais ao direito interno, garantindo-lhes aplicabilidade e estabelecendo uma relação de equivalência entre os sistemas, com a manutenção das diferenças (DELMAS-MARTY, M. *Le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2004, p.30-36). O processo de unificação conduziria a um modelo único e idêntico, e o processo de harmonização, à adoção de um modelo semelhante, sem supressão das diferenças (LIMA, José Antônio Farah Lopes de. *Trans-border evidence matters and joint investigation teams within the European Union*. Universidade de Cambridge, 2007, p. 40). Também quanto à aludida distinção, a harmonização dos direitos penais consistiria “numa modificação recíproca das normas nacionais dos vários Estados... na medida do necessário para que se tornem compatíveis entre si”, enquanto a unificação consiste na “adoção de normas idênticas em todos os Estados que pertencem a um determinado conjunto” Tais razões para preservar a

pois, de unificar as normas, tornando-as idênticas, mas de pretender a sua aproximação para torná-las suficientemente harmônicas, para que os ordenamentos possam apresentar-se compatíveis entre si<sup>44</sup>, sem desatender-se às suas diversidades<sup>45</sup>.

À distante realidade de um ordenamento internacional criminal opõe-se, nos dias contemporâneos, à difusão de uma infinidade de acordos e tratados multilaterais e bilaterais impositivos de obrigação aos países contratantes. Os instrumentos internacionais em vigor, na sua quase totalidade, demarcam a tipificação das infrações penais e restringem-se, quanto à efetivação prática na ordem interna, a determinar aos Estados que lhe são partes o dever de reprimi-las ou de proceder à colaboração com os demais signatários no sentido de extraditar os responsáveis por lesar os bens jurídicos protegidos internacionalmente<sup>46</sup>. Assim é que, nos últimos anos, a responsabilização individual por

---

diversidade são, portanto, “razões para harmonizar ao invés de unificar” (PINTO, Inês Horta. *A Harmonização dos Sistemas de Sanções Penais na Europa – Finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas de futuro*. Coimbra Editora, set. 2013, p. 87- 89 e 113). Também no sentido apontado, segundo Weyembergh, a diferença entre os institutos residiria no fato de que, na harmonização, o direito nacional continua a existir como tal, ao passo que, na unificação, as regras nacionais são substituídas por uma nova regra comum (WEYEMBERGH, Anne. *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions'* (2005) 42 *Common Market Law Review*, Issue 5, p.34). Em uma diferente conotação, mas na linha esposada acima, afirma que “a harmonização do direito penal substantivo encontra-se sujeita ao parâmetro das chamadas ‘regras mínimas’, que deixa aos Estados a liberdade de criar incriminações mais amplas” (CAEIRO, Pedro. “A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais”. In: CORREIA, F. Alves; MACHADO, Jónatas E.M. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. G. Canotilho*. Coimbra : Coimbra Editora, 2012, p. 204). Em complemento a tal raciocínio, ilustra-se que a harmonização tem um potencial de aplicabilidade muito maior que a unificação, sendo o esforço de negociação dos Estados no processo de harmonização mais fluido e menos resistente que o processo de unificação (BECHARA, R. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) - USP, São Paulo, 2010, p. 53. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-101628/>>. Acesso em: 2016-03-16).

<sup>44</sup> Saliente-se, aqui, que os termos harmonização e aproximação são tratados indistintamente pelos documentos internacionais oficiais, de modo que, também aqui, os mesmos serão referidos de modo equivalente, conforme destacado em: PINTO, Inês Horta. *A Harmonização dos Sistemas de Sanções Penais na Europa – Finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas de futuro*, Coimbra Editora, set. 2013, p. 80. Também a doutrina os tem como sinônimos. Nesse sentido: DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 136.

<sup>45</sup> Cumprindo, aqui, conforme se verá com mais especialidade no item 7.1, uma gestão de equilíbrio entre a indesejável unificação completa e a diversidade total – entre a Babel e o Esperanto Universal, na irretocável metáfora de Faria Costa. Afastar-se-á, ainda, de qualquer inclinação ou afinidade voltadas para o que o autor considera como “os três pilares do esperanto universal”: o Tribunal Penal Internacional, o mandato de detenção europeu e o direito penal do inimigo, os quais serão analisados, em juízo crítico negativo, respectivamente, no ponto 3.3, ponto 8.7.1 e ao longo de todo o texto. Quanto a tais aspectos, duas obras do autor: COSTA, José de Faria, *O Direito Penal, a Linguagem e o Mundo Globalizado, Babel ou Esperanto Universal?*. in D'ÁVILLA, Fábio Roberto. *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências*, 8 e 9 de jun. 2009, EdiPUCRS, Porto Alegre, 2011, p. 17 e segs.; COSTA, José de Faria. *O princípio da igualdade, o direito penal e a Constituição*, In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, n. 100, Jan./Fev. 2013, p. 239.

<sup>46</sup> Há inclusive no que se refere ao exemplo já avançado da União Europeia, consenso, na melhor doutrina, no sentido de inexistir um poder legiferante da União em matéria penal: CAEIRO, Pedro,

infringência de normas protetoras de bens de saliência internacional faz-se por via do Direito Penal Internacional<sup>47</sup> e não pelo suposto Direito Internacional Penal<sup>48</sup>, rejeitando a ideia de um ordenamento universal e propugnando pela indispensabilidade do exercício das jurisdições estaduais como garantia da norma penal internacional, necessariamente, através de mecanismos de cooperação penal internacional<sup>49</sup>.

Voltar-se à proeminência das jurisdições estatais internas, estando essas entrelaçadas por amarras materiais e procedimentais de cooperação penal internacional, constitui medida que, sem macular a necessária previsão normativa da legalidade e do poder soberano dos Estados, permitirá a preservação de bens jurídicos de contornos internacionais. A eficácia de um eventual planejamento entre Estados para sancionar as constantes violações a bens jurídicos protegidos internacionalmente não será alcançada, portanto, mediante criação de uma estrutura única e universal, que exerça a função de um Direito Penal Universal, movimentado através de um Poder Judiciário Supranacional –

---

Perspectivas de formação de um direito penal da União Européia. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, in RPCC, n. 6, 1996, p. 523; CAEIRO, Pedro. A Decisão-quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. In: *LiberDiscipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: 2003, p. 1072; DUARTE D'ALMEIDA, LUÍS, Direito Penal e Direito Comunitário - *O Ordenamento Comunitário e os Sistemas Juscriminais dos Estados-Membro*. Almeida, 2001, p. 25 e segs. Assim, também nesse sentido: “não existe ainda um direito penal comunitário, e como tal supranacional, de aplicação directa aos Estados Membros” (DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal. Parte Geral, T. I, *Questões Fundamentais*. A Doutrina Geral do Crime. 2ª. Ed. Coimbra, 2007, p. 12).

<sup>47</sup> Atendo-se, aqui, à advertência feita por Caeiro no sentido “do progressivo alargamento que o conceito tem vindo a sofrer ao longo dos tempos, em diversas direcções, e dos múltiplos sentidos que lhe vão sendo imputados” e aceitando também sua aceção: “o direito penal internacional é o ramo do direito interno destinado a disciplinar a aplicação da lei penal estatal (substantiva) a factos internacionais” (CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado – O caso Português*. Wolters Kluwer Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 34-35).

<sup>48</sup> Também estamos com Caeiro, no sentido de este representar um “conjunto de princípios e normas de direito internacional que versam sobre matéria penal”, entre as quais se encontram as obrigações de persecução impostas pelo direito costumeiro, o direito convencional de repressão a crimes internacionais e de cooperação judiciária internacional e as normas institucionais dos tribunais penais internacionais (CAEIRO, Pedro. *Op. Cit.*, p. 34-35).

<sup>49</sup> MORAIS, Carlos Blanco. A Responsabilidade Criminal em Direito Internacional. *Revista de Direito Internacional Público*. Curso de Mestrado do ano de 1984/1985, p. 171. Bassiouni aponta, entretanto, algumas incertezas quanto à eficácia do atual sistema: “Apenas os Estados signatários ficarão obrigados a atuar em conformidade com os tratados, sem a existência de qualquer controle supranacional. Em consequência do pressuposto anterior, não existe qualquer controle independente da autoridade que os obrigue ao respectivo cumprimento; verifica-se a inexistência de mecanismos tendentes à resolução de conflitos que eclodam entre os Estados (tirando a arbitragem); do mesmo modo se registra a não existência de uma salvaguarda internacional para os indivíduos que serão objeto de convenções com caráter criminal; prima pela ausência de qualquer tipo de regra geral que discipline a matéria criminal, contratualmente estabelecida entre os Estados e, por fim, verifica-se a falta objetiva de uma política criminal comum, quanto à punição de crimes convencioneados entre os diversos países” (BASSIOUNI, Cherif. *An Appraisal of the Growth and Developing Trends of International Criminal Law*. *Revue Internationale de Droit Penal*, p.429).

como que adotando as premissas de um cosmopolitismo institucional<sup>50</sup> - mas, sim, por meio de tratados que desenvolvam, da forma mais próxima possível, a harmonização de uma base mínima das legislações penais dos diversos países<sup>51</sup>, em paralelo à cooperação penal internacional interestados. A visão cosmopolitista, entretanto, não está aqui sendo totalmente dispensada, eis que seus fundamentos podem servir de suporte para o cumprimento de regimes de cooperação entre os Estados. Como solução para as divergências, muitas vezes, inconciliáveis entre as teorias multiculturalistas e cosmopolitistas, quanto ao *modus vivendi* das sociedades, muitos autores apontam a necessidade de implementação de um projeto político e jurídico de cooperação internacional entre os países<sup>52</sup>. Assim é que, nos termos expostos nesta tese, não se está a defender uma harmonização no sentido de ordenamento jurídico único<sup>53</sup>, já que se estaria voltando para a falha perspectiva de um código penal global, mas sim de previsões

---

<sup>50</sup> Seus partidários afirmam a necessidade de instituição de um governo global, representativo de todos os Estados e destinado a criar normas supraestatais de natureza cogente, tendo, por finalidade, a promoção da paz e da justiça social. A estrutura de governo cosmopolita, movimentada através de instituições ou agências supranacionais de alcance planetário, fundamenta-se na superação de fronteiras e de restrições nacionais e na universalidade dos direitos humanos consagrada pelo sistema das Nações Unidas. Citem-se, entre os autores partidários, Boaventura de Sousa Santos, Edgar Morin, Michel Serres, Fritjof Capra e Arnold Toynbee. A noção de direito cosmopolita, entretanto, antecede, em muito, a concepção contemporânea de cosmopolitismo institucional, neste tópico, identificada. O termo cosmopolitismo reporta-se ao século IV a.C., tendo sua delimitação conceitual, entretanto, sido aperfeiçoada no decorrer dos séculos. A noção de *kosmou politês*, ou cidadão do mundo, remonta aos questionamentos feitos a Sócrates quanto a sua origem, tendo sido reverberada pelos estoicos, que se diziam seus discípulos e também cosmopolitas (BROWN, Eric. Socrates, the Cosmopolitan. *Stanford Agora: an Online Journal of Legal Perspectives*. 2000. V. 1: 1, p. 74). Kant, em seu *Paz Perpétua*, já havia sustentado a existência de um direito pertencente a uma comunidade universal (direito cosmopolita), o qual se constituía a partir da noção de que a lesão a direitos em uma parte do mundo era sentida em toda parte (KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. São Paulo: LePM Editores, 1989, p.10).

<sup>51</sup> A ideia faz lembrar o que outrora fora defendido pelo movimento dos unionistas, que tinha à frente o consagrado Von Liszt, em cujo epicentro se apegava o pensamento do "direito penal universal" e que, nas palavras de Nelson Hungria, propunha o estudo sistematizado de todas as legislações penais existentes, "de modo a ensejar o esclarecido cotejo entre elas, a fiel identificação do que tivessem de homogeneidade ou heterogeneidade e a tentativa, não de elaboração de um código penal internacional, mas de esboço de um plano de legislação penal uniforme, para inspiração das reformas dos direitos nacionais, no sentido da generalizada adoção dos princípios e critérios considerados mais felizes ou adequados e da aproximação dos povos para mais eficiente solidariedade no combate ao flagelo da delinquência. Não seria um trabalho de simples justaposição de diferentes direitos legislados, mas de aglutinação deles numa unidade harmônica, que constituísse o 'direito penal do futuro', transfundido nas leis de todas as nações" (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v.1, Rio: Forense, 1949, p. 359).

<sup>52</sup> Quanto aos pormenores dessa visão, vide: NUSSBAUM, Martha C.. Patriotism and Cosmopolitanism. (Ed.) Martha C. Nussbaum. *For Love of Country. Debating the Limits of Patriotism*, p. 2-20.

<sup>53</sup> A propósito, tratando especificamente da possibilidade de harmonização completa do direito penal e do direito processual penal europeu, Schomburg põe em sérias dúvidas a previsibilidade de tal acontecimento, asseverando que se trata de "um propósito que se pode situar entre uma tentativa inidônea e irreal" (SCHOMBURG, "Ein neuer Start! Internationale vertragliche Rechtshilfe in Strafsachen, etc" NJW, 2001, p. 801. In: AMBOS, Kai. *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Marcial Pons, Madrid: Ediciones jurídicas y sociales, S. A., 2006, p. 40).



normativas internas e harmônicas o suficiente para permitirem uma adequada cooperação e persecução penal conjunta entre os países<sup>54</sup>.

Os Estados devem ambientar-se a essa nova postura de política cooperativa e integracionista, habilitando suas estruturas jurídicas internas e, cada vez mais, acionando e maleabilizando seus ordenamentos jurídicos constitucionais ante o processo de harmonização e cooperação jurídica internacional, pois, apesar de a diversidade de tratados bilaterais e multilaterais assinados nas últimas décadas, – muitos deles atendo-se inclusive à necessidade de estabelecimento de políticas internacionais de cooperação entre países - o cenário atual encontra-se distante do ideal, requerendo rigoroso aperfeiçoamento nos sistemas jurídicos de cooperação penal internacional dos diversos países. Trazer observações e proposições para a melhoria do atual sistema de cooperação penal internacional, nos moldes postos acima, é exatamente uma das propostas do presente trabalho.

## **1.2 – A habilitação dada pelo direito internacional como elemento de conexão para a legitimidade da jurisdição universal**

A jurisdição estatal<sup>55</sup> - incluídas, aqui, suas manifestações competenciais - admite, como regra geral, que seus limites de duração arquitetem-se dentro do próprio território, já que este representa “o espaço em que se delimita a validade da ordem jurídica do Estado”<sup>56</sup> ou, em outras precisas palavras, “a esfera natural da autoridade do Estado”<sup>57</sup>. Segundo Faria Costa, o próprio Direito Penal de raiz iluminista finca-se “no pressuposto de que o seu âmbito de eficácia se deve cingir positiva e negativamente ao chamado território

---

<sup>54</sup> Aceita-se, aqui, portanto, a advertência de Rotsch, para quem “já é tempo de nos despedirmos da tradicional ideia de um direito penal nuclear homogêneo, que estaria na posição de poder solucionar de forma ampla e satisfatória os fenômenos da moderna criminalidade” (ROTSCH, Thomas. *Tempos Modernos: Ortodoxia e Heterodoxia no Direito Penal*. in D'ÁVILLA, Fábio Roberto. *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências*, 8 e 9 de jun. 2009, EdiPUCRS, Porto Alegre, 2011, p. 80).

<sup>55</sup> Sobre suas especificações, *vide* exaustiva e esclarecedora classificação de Pedro Caeiro: a) jurisdição prescritiva; b) jurisdição judicativa; c) jurisdição adjuvante; d) jurisdição de execução das reações criminais; e) jurisdição de proteção (CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado – O caso Português*, Wolters Kluwer Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 42, 43).

<sup>56</sup> KELSEN, Hans. *Teoría General Del Estado*. Madri, 1934, p. 183.

<sup>57</sup> CAEIRO, Pedro. *Op. Cit.*, 2010, p. 321.

nacional pertencente a um Estado (Estado-nação)”<sup>58</sup>. Há um estágio, verdadeiramente, que não pode ser transposto: o da necessidade de atuação interna por parte de cada Estado. Tratando-se, entretanto, de regra geral, a mesma não se reveste como de conteúdo absoluto, estando pacificamente aceito, nos dias de hoje, por exemplo, que o compromisso de prevenção a crimes de natureza transnacional é motivo hábil a justificar a atração de normas de um Estado a um crime ocorrido fora das hostes de seu território<sup>59</sup>.

A discussão, entretanto, na visão de Luban, perfaz-se na diferença de perspectiva interpretativa que subjaz a diferença entre estatismo e cosmopolitismo, a qual se repete em todos os pontos da discussão de crimes contra humanidade<sup>60</sup>. Inicialmente, a ordem tradicional de Estados constituía o assunto essencial do Direito Internacional, conclusão com base na qual parece inevitável que o alcance da jurisdição deve terminar onde os seus poderes habituais também terminam: nos limites de seu território<sup>61</sup>. Isso, porque, de acordo com a visão tradicional, os Estados exercem soberania sobre seu território e os seus nacionais e têm o direito de proteger seu povo e seus interesses vitais. Para um estatista, assim, os princípios da territorialidade, da nacionalidade, da personalidade passiva e da proteção nacional esgotam a configuração padrão da jurisdição

---

<sup>58</sup> O autor esmiuça tal explanação: “Positivamente, porque assume a ideia forte de que toda e qualquer infração penal praticada, por quem quer que seja, em seu domínio territorial, é ao Estado-nação-território que compete punir. Negativamente, porque em atitude simétrica aceita, sem resto, que, quando os seus cidadãos praticarem infrações em outros Estados, não é o Estado de origem destes que tem obrigação de os punir. Esta é, em síntese, a estrutura normativa e de valorização que subjaz a toda a arquitectura ou desenho do chamado ‘princípio da territorialidade’ da aplicação da lei penal no espaço”. (COSTA, José de Faria. *A Globalização e o Direito Penal* (ou o Tributo da Consonância ao Elogio da Incompletude), *In* Direito Penal e Globalização, Wolters Kluwer Portugal. Coimbra Editora, abr. 2010, p. 70). No sentido de que o Direito Penal nacional se liga com a soberania nacional, conseqüentemente, as suas decisões processuais apenas são válidas dentro do território nacional, ver: SIEBER, Ulrich. *O Futuro do Direito Penal europeu – Uma nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal europeu*. In: “*Que futuro para o direito processual penal?* SIMPÓSIO EM HOMENAGEM A JORGE FIGUEIREDO DIAS”. Coimbra Editora, 2009, p. 465. Quanto à importância do espaço-território também para o direito internacional: “Embora a virtualização das relações sociais tenha atingido um elevado nível de complexização e influenciado setores da vida social nos mais diversos âmbitos, o direito internacional permanece vinculado fortemente à noção de território, seja para definir o que é um Estado ou para delimitar os limites de uma comunidade regional” (TEIXEIRA, A. Vichinkeski, *Revisitando a teoria schmittiana dos grandes espaços (Grossraumlehre): o conceito de espaço no direito internacional contemporâneo*, in RFCP, V. 42, n. 116, 2012, p.79-80).

<sup>59</sup> Nesse sentido são as previsões constantes dos Códigos Penais Brasileiro (Art. 7º, inciso II, alínea a) e Português (Art. 5º, 2), respectivamente: “Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:...*omissis*... II - os crimes: a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir,...*omissis*...”; “Art. 5º, 2 - A lei penal portuguesa é ainda aplicável a factos cometidos fora do território nacional que o Estado Português se tenha obrigado a julgar por tratado ou convenção internacional”.

<sup>60</sup> LUBAN, David, *A Theory of Crimes Against Humanity*, *Yale Journal of International Law*, 29, 2004, p. 154.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 155.

internacional. A visão cosmopolita, por outro aspecto, evidencia a ideia de que, ao reconhecer crimes contra humanidade, a lei visa a expurgar esses atos do repertório político do Estado e, nesse aspecto, os interesses da humanidade prevalecem a ponto de permitirem a ampliação das hipóteses de jurisdição universal em tratados, sem assumir tacitamente as deficiências dos princípios baseados exclusivamente no poder soberano<sup>62</sup>.

Entretanto, apesar de a maioria dos países admitirem as exceções de extraterritorialidade, resta controversa<sup>63</sup>, no debate jurídico internacional, doutrinária<sup>64</sup> e jurisprudencialmente<sup>65</sup>, a análise da determinação concreta dos casos e alcance da jurisdição penal dos Estados em conformidade com o Direito Internacional<sup>66</sup>, o que levou Faria Costa a afirmar que o princípio da territorialidade constitui, dentro da nossa atual civilização jurídico-cultural, a pedra de toque de toda a problemática da aplicação da lei penal no espaço<sup>67</sup>. Nesse sentido, basta verificarem-se as disposições nacionais que regulam o âmbito territorial do direito penal ou de jurisdição dos tribunais em matéria penal, para se constatar que, apesar da regra geral da territorialidade, com diferentes amplitudes e com base em alguns critérios diferenciados, todos os sistemas preveem casos

---

<sup>62</sup> LUBAN, David, *A Theory of Crimes Against Humanity*, *Yale Journal of International Law*, 29, 2004, p. 155.

<sup>63</sup> Nessa linha de entendimento: “*One of the most controversial areas of contemporary international law concerns the extent to which a State may apply its domestic law to events and persons outside of its territory in circumstances affecting the interests of the other States*” (SCHACHTER, Oscar. *International law in theory and practice*, Dordrecht, The Netherlands ; Boston : M. Nijhoff Publishers ; Norwell, MA, U.S.A. : Sold and distributed in the U.S.A. and Canada by Kluwer Academic Publishers, 1991, p. 250).

<sup>64</sup> De novo enfrentando a temática, Legido assevera: “*Lo que no es tan pacífico, em cambio, es la determinación concreta de en qué casos y con qué límites puede un Estado desplegar su potestad punitiva en el exterior de su territorio, cuestión ésta que ha sido objeto de considerable controversia*” (LEGIDO, Angel Sánchez. *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*. Valencia, Titant lo Blanch, 2004, p. 27).

<sup>65</sup> Legido detalha uma jurisprudência de Corte Internacional, como exemplo para o referido debate: “*Aunque, como se ha visto, la demanda congoleña cuestionaba su licitud internacional, y a que buena parte de los debates en el asunto relativo a la orden de arresto (República Democrática Del Congo c. Bélgica) giraron en torno a la admisibilidad y límites de la jurisdicción universal penal em Derecho internacional, el demandante opto finalmente en sus conclusiones por reclamar a la Corte que, em la medida de lo posible, no se pronunciara sobre tales cuestiones y que resolviera el asunto desde la perspectiva de la inmunidad de su antiguo ministro de exteriores. Aceptando Bélgica la propuesta, la CIJ, en una decisión criticada por algunos de sus miembros, optó por analizar y resolver directamente el asunto considerando exclusivamente las cuestiones de inmunidad. Como consecuencia, el vetusto asunto del, Lotus sigue siendo, hoy por hoy, la única –y discutida– referencia en la jurisprudência de La Haya en cuestiones relativas a la proyección extraterritorial se la jurisdicción penal*” (LEGIDO, Angel Sánchez. *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*. Valencia: Titant lo Blanch, 2004, p. 28). Para mais detalhes sobre esse julgamento, conhecido como “*Arrest Warrant case*”, consultar: *Arrest Warrant of 11 April 2000, Dem. Rep. of Congo v. Belg.*, 41 I.L.M., 2002, p. 536.

<sup>66</sup> Aduz Eduardo Correia que a grande problemática do Direito Penal Internacional “continua a ser o da competência positiva de um certo sistema jurídico-penal” (CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal – com a colaboração de Figueiredo Dias*. I, Coimbra, 1963, p. 165).

<sup>67</sup> COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 9, n. 34, abr/jun. 2001. São Paulo: Ed. RT, p. 28.

de extraterritorialidade<sup>68</sup>. Não sendo a premissa da territorialidade, portanto, princípio absoluto, resta desvendar os limites de liberdade dos Estados Soberanos para fazer estender a jurisdição de seus tribunais aos fatos praticados além de suas fronteiras.

Apontam-se, como hipóteses já reconhecidamente permissivas de extraterritorialidade, as emolduradas na esteira do princípio da personalidade ou nacionalidade ativa<sup>69</sup>, através do qual se atrai a jurisdição de um determinado Estado quando da prática de uma infração penal por um de seus súditos; do princípio da personalidade ou nacionalidade passiva<sup>70</sup>, que visa a assegurar, ao contrário do primeiro, a jurisdição Estatal em favor de seus nacionais, dispostos, nesse caso, na condição de vítima; princípio da proteção do interesse,<sup>71</sup> que estende a jurisdição a um determinado Estado para que possa regular determinadas condutas penais que interfiram em seus interesses essenciais; o princípio da beligerância<sup>72</sup>, que confere jurisdição ao Estado beligerante para dispor penalmente dos prisioneiros responsáveis por graves violações a leis e costumes de guerra e o princípio da jurisdição universal<sup>73</sup>, através do qual o poder punitivo do Estado aplica-se a fatos extraterritoriais, independentemente da nacionalidade do agente ou da

---

<sup>68</sup> LEGIDO, Angel Sánchez., *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Valencia, Titant lo Blanch, 2004, p. 27.

<sup>69</sup> Este princípio (*active personality jurisdiction*) é uma resposta necessária à proibição de determinados Estados de extraditar seus nacionais, a exemplo do Brasil. Como o Estado não pode extraditar o suposto responsável pela infração penal, obriga-se, em contraponto, a persegui-lo criminalmente. O princípio também assegura a punibilidade de agentes nacionais por crimes praticados em países que não adotam o critério da territorialidade na jurisdição.

<sup>70</sup> A previsão de jurisdição penal passiva (*passive personality jurisdiction*) é, diferentemente dos outros três princípios, de aceitação bastante restrita. Os países cujos sistemas jurídicos adotam o *Common Law*, por exemplo, negam a possibilidade de extensão da competência para julgamento de infrações penais praticados em desfavor de seus nacionais. Estados Unidos e Inglaterra sempre se opuseram contra esse princípio. Nesse aspecto, apenas para citar um exemplo, Bassouni relata que o Departamento de Estado Americano negou a validade do referido princípio no famoso “Cutting Case”, emitindo nota no seguinte sentido: “...*The assumption of the Mexican Tribunal, under the law of Mexico, to punish a citizen of the United State for a offense wholly committed and consumated in his own country against its laws was an invasion of the independence oh this Government...*” (BASSIOUNI, M. Cherif. *International Criminal Law*, v.2 - Procedure, Nova York: Transnational Publishers, Inc., 1993, p. 30 e nota 104). O referido princípio, com o respeito devido às opiniões divergentes, representa inadequada extensão da jurisdição Estatal e pode trazer diversos conflitos de ordem prática. Basta lembrar a hipótese em que um determinado fato seja considerado típico no país da vítima, mas, por outro aspecto, seja atípico no lugar onde foi praticado ou, até mesmo, no país de origem do sujeito ativo.

<sup>71</sup> O princípio da proteção (*protective jurisdiction*) assegura jurisdição ao Estado para reprimir atos que vulnerarem seus interesses nacionais fundamentais e que possam, assim, colocar em risco a estabilidade do ente soberano. Nesse aspecto, a doutrina exige a presença de “interesse nacional” em afetação (Ibid., p. 227).

<sup>72</sup> Sobre o referido princípio, SCHWARZENBERGER, Georg. *International Law as Applied by International Courts and Tribunals. V. II*, Londres: *The Law of Armed Conflicts*, 1968, p.462.

<sup>73</sup> No caso específico do Brasil, apenas a título de exemplo, pode-se citar o art. 7º do Código Penal Brasileiro, que alberga a competência jurisdicional brasileira, mesmo no caso de atos praticados no estrangeiro, para o julgamento de crimes de genocídio, contra a vida ou a liberdade do Presidente da República, contra a administração pública, previstos em tratado ou convenção assinados pelo Brasil etc.

vítima e da concreta titularidade e localização dos bens jurídicos envolvidos<sup>74</sup>, sendo este último, sem dúvida, “o que maior controvérsia e desencontro suscita na doutrina e na prática dos Estados”<sup>75</sup>.

Além de hipóteses de incidências pontuais de cada um dos princípios acima, cumpre revelar que uma determinada situação pode atrair, simultaneamente, a possibilidade de aplicação dos vários princípios citados. A título de ilustração histórica, basta lembrar o caso do navio de cruzeiro italiano “*Achille Louro*”, sequestrado por terroristas em outubro de 1989. Revela-se o princípio da territorialidade, por ser o navio de bandeira italiana, atraindo a competência para as cortes italianas. Pelo mesmo motivo, atrair-se-iam as cortes egípcias, por estar o navio em águas deste país. Também o princípio da nacionalidade ativa emerge no caso citado, o que remeteria às cortes de origem dos sequestradores, ou, contrariamente, nacionalidade passiva, já que as vítimas tinham origem nos mais diversos países.

Fugindo às balizas que tornam comuns as previsões dos princípios acima aludidos, no que se refere, concretamente, à necessidade de elementos de conexão entre o fato praticado e o Estado de jurisdição pretendente, o princípio da jurisdição universal, segundo a maioria da doutrina, diferenciar-se-ia exatamente por negar a exigência de critérios político-jurídicos como requisito para a atuação da extraterritorialidade<sup>76</sup>. Assim,

---

<sup>74</sup> CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado – O caso Português*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 239.

<sup>75</sup> CAEIRO, Pedro. Op. Cit., p. 239.

<sup>76</sup> Nesse sentido, diversas opiniões: “*a State claims to exercise jurisdiction over any offender irrespective of any question of nationality or place of commission of the offence, or of any link between the prosecuting State and the offender*” (CARNEGIE, A.R. *Jurisdiction over violations of the Law and Customs of War*, BYBIL, v. 39, 1963, p. 405); “*a state prosecutes crimes committed outside its borders, without regard to the nationality of the perpetrator or victim, the location of the crime or other specific link to the prosecuting state*” (CASSEL, D. *Empowering United States Courts to Hear Crimes Within the Jurisdiction of the International Criminal Court*, NELR, v. 35, 2001, p. 427); “*los Estados se declaran competentes para perseguir determinados delitos cometidos fuera de sus fronteras y con independencia de la nacionalidad de sus autores o sus víctimas*” (GARCÍA ARÁN, M., *El principio de Justicia Universal en la L.O. del Poder Judicial español*, In: M. Garcia Arán y D. López Garrido (coords.) *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal, El Caso Pinochet*. Valencia, 2000, p. 64); “*international law permits any state to apply its laws to certain offences even in the absence of territorial, nationality or other accepted contacts with the absence of territorial, nationality or other accepted contacts with the offender or the victim*” (MERON, Th. “*International Criminalization of Internal Atrocities*”. AJIL, v. 89, 1995, p. 570); F.A. MANN (“*jurisdiction is claimed in respect of the conduct abroad of foreigners towards foreigners*” (“The Doctrine...”, art. cit. – 1964--, p. 39); “*the power of a state to punish certain crimes, wherever and by whomsoever they have been committed, without any required connection to territory, nationality or special state interest*” (MALANCZUK, P. *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, Routledge, 1997, p. 113); *principio que permite o anima “a los Estados a afirmar su jurisdicción sobre determinados crímenes internacionales, sea cual sea el lugar en que se produzcan y con independencia del origen y condición de*

a legitimidade dada a um determinado Estado para atuar extraterritorialmente, pelos princípios da personalidade ativa/passiva, proteção do interesse e beligerância, materializar-se-ia a partir da existência de vínculos de afetação entre o Estado e o fato praticado, levando-se em consideração critérios de lugar, nacionalidade e bem jurídicos envolvidos, enquanto o princípio da jurisdição universal, segundo a maioria da doutrina, traria legitimidade ao exercício extraterritorial da jurisdição do Estado independentemente do lugar do fato praticado e sem considerações sobre a nacionalidade do autor, vítima ou afetação de interesse próprio do Estado julgador<sup>77</sup>.

Discorda-se, aqui, entretanto, desse quase consenso, a partir dos ensinamentos de Caeiro, que, de forma diametralmente oposta, expressamente afirma que existe, sim, para a legitimidade da regra da jurisdição universal, um elemento de conexão específico dos ordenamentos jurídicos em causa com os fatos: a habilitação dada pelo direito internacional - costumeiro ou convencional -<sup>78</sup>. A premissa justificante de uma autorização extraterritorial de jurisdição universal para os Estados, desvinculada de qualquer elemento ligado direta ou indiretamente a seu território, advém do reconhecimento, por parte da comunidade internacional, da necessidade de se prevenir crimes que atentem contra interesses essenciais à humanidade, e, exatamente por isso, a conexão sobre a qual se assenta a regra da universalidade desenha-se através desse critério material, a prevenção de crimes internacionais, segundo Caeiro, “sobredeterminada por um Poder do Estado de incluir na sua jurisdição penal crimes dessa natureza que não apresentam uma conexão fática com o seu ordenamento jurídico”<sup>79</sup>. Lesões a determinados bens jurídicos de compleição cosmopolita, por não interessarem a um determinado Estado exclusivamente, mas a todos, conjuntamente, justificam, assim, a preocupação da comunidade internacional em perseguir, através da autorização de exercício extraterritorial

---

*sujeitos activos y pasivos*” (RAMIRO BROTONS, A. *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*. Madrid, 2000, p. 50).

<sup>77</sup> Esse delineamento do princípio da jurisdição universal, aliás, é uma das conclusões apontadas pelo “Relatório Final do Exercício da Jurisdição Universal em face das graves ofensas aos Direitos Humanos”, confeccionada em Londres, no ano 2000, pela *International Law Association*. Eis o trecho do relatório que, neste ponto, socorre-nos: “*a state is entitled or even required to bring proceedings in respect of certain serious crimes, irrespective of the location of the crime, and irrespective of the nationality of the perpetrator or the victim*” (*International Law Association, Committee on International Human Rights Law and Practice, Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences, London Conference, 2000, p.2*. Disponível em: [www.ila-hq.org/download.../43F56C67-C59D-496E-A7C9FF418D88FCF4](http://www.ila-hq.org/download.../43F56C67-C59D-496E-A7C9FF418D88FCF4). Acesso em 08 set. 2011, às 16 hs).

<sup>78</sup> CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado – O caso Português*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 249.

<sup>79</sup> CAEIRO, Pedro. *Op. Cit.*, p. 264.

da jurisdição, os atos que ofendam diretamente valores comuns a todos os Estado, de transcendência supraestatal. A essência dos direitos do homem descende da própria noção de uma sociedade humana cosmopolita, já que os direitos humanos são direitos fundamentais que os indivíduos detêm como parte integrante da referida sociedade, e não como nacionais de um determinado país. Enxergada a questão através desta óptica, a essência dos direitos do homem exige que esses mesmos direitos sejam admitidos e considerados por todos os Estados, independentemente de qual seja a nacionalidade do violador de tais direitos.

As desconformidades nos entendimentos situam-se, de forma mais definida, em dois eixos de raciocínio: a adoção da regra de liberdade de extraterritorialidade com condicionamentos proibitivos ou a aceitação de uma proibição genérica de extraterritorialidade com a ressalva dos casos excepcionais permissivos. Traduzindo em pergunta: uma regra de universalidade poderia ser fixada unilateralmente por um determinado Estado? A ideia praticada nos dias de hoje na maioria dos ordenamentos jurídicos e, em paralelo, prevista em normas de Direito Penal Internacional, busca a delimitação pontual dos casos em que o Estado pode exercer a jurisdição extraterritorial em um sentido ou em outro, levando à constatação de que a jurisdição exercida, no estrangeiro, por um determinado Estado, está sempre condicionada a uma regra excepcional, expressa ou tácita, que permita o referido desempenho<sup>80</sup>.

Nessa esteira e ainda de acordo com Caeiro, “só a dimensão propriamente internacional (de direito costumeiro ou convencional) da repressão de certos crimes, a qual não se confunde com as prioridades político-criminais do legislador nacional, legitima a regra da universalidade”<sup>81</sup>. Sem algum permissivo internacional, nenhum Estado, portanto, estaria apto a justificar a quebra da regra que restringe a atuação jurisdicional do Estado aos limites de seu território, preocupação essa que foi a exposta, no início do século passado, por Maurice Travers, para quem a jurisdição universal irrestrita "vai contra a

---

<sup>80</sup> Conforme lembra Caeiro, não existem mecanismos vinculativos que regulem a distribuição da jurisdição (CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais In: CORREIA, F. Alves; MACHADO, Jónatas E.M.; LOUREIRO, João Carlos. (Orgs). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. G. Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 201).

<sup>81</sup> CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado – O caso Português*. Wolters Kluwer Portugal, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 248.

natureza do direito penal e contra a própria concepção de Estado”<sup>82</sup>. Com base em tal entendimento, segundo ilustração apontada por Caeiro, o art. 176, n. 1, d, e n. 3, do Código Penal Português (que pune quem produzir, distribuir, adquirir ou possuir imagens realistas de crianças não existentes), transposto a partir do art 1, b, II e III, da Decisão-quadro 2004/68/JAL, passou a ser sujeito unilateralmente pela lei portuguesa à jurisdição universal, sendo, por isso, ilegítimo perante o direito internacional<sup>83</sup>.

Pertinente a esse aspecto das coisas, assumimos, em sua integralidade, a paradigmática referência de Caeiro no sentido de que “cada Estado tem o direito, e possivelmente o dever, de garantir não apenas a liberdade individual de agir, mas também a liberdade de decidir agir subordinando-se apenas à lei local” e , conseqüentemente, “todos os Estados deveriam assegurar que quem age nos respectivos territórios só pode ser punido se violar uma disposição da lei local ou se o direito internacional permitir a sua punição por outro ordenamento”. Assim, segundo conclui o autor, “se o direito internacional não dispuser diversamente, a pretensão de exercer jurisdição extraterritorial sobre condutas que não são proibidas pela *lex loci*... é uma ingerência ilegítima perante o direito internacional<sup>84</sup>. Partindo de tais constatações, resta evidente que o desenho de uma regra permissiva geral é atentador ao direito soberano do Estado de zelar pelas relações sociais dentro de seu território sem a ingerência de um Estado estrangeiro, já que, caso adotado um caminho diverso, um permissivo genérico de jurisdicionalidade extraterritorial representaria o próprio desconhecimento dos limites entre os ordenamentos jurídicos de cada Estado<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> TRAVERS, Maurice. *Le Droit Penal International et as Mise Em Ouvre em temps de paix et em Temps de Guerre*, 1920, p. 75.

<sup>83</sup> CAEIRO, Pedro. Op. Cit., 2012, p. 206.

<sup>84</sup> CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como metajurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. In: CORREIA, F. Alves; MACHADO, Jónatas E.M.; LOUREIRO, João Carlos, (Orgs). – *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. G. Canotilho*. Coimbra : Coimbra Editora, 2012, p. 205.

<sup>85</sup> Nesse sentido, ver: STERN, B., “*Quelques observations sur les regles internationales relatives à l’application extraterritoriale du droit*”. AFDI, v.32, 1986, p. 19.



### 1.3 - A proteção dos bens jurídicos internacionais como fonte legitimadora do critério de concorrência entre as jurisdições penais dos Estados

A partir da legitimação dada pelo princípio da jurisdição universal, os Estados não só devem ter o direito de perseguir as infrações penais contra as quais se comprometeram internacionalmente, como também estão obrigados a fazê-lo, pois, de modo inverso, estariam descumprindo acordos firmados nesse sentido<sup>86</sup>. Com efeito, os Estados subscrevem tratados internacionais que os vinculam à perseguição de determinados crimes internacionais<sup>87</sup>, não só colaborando com os outros Estados através de modalidades de auxílio judicial internacional, mas valendo-se, especialmente, do seu correspondente processo penal interno. Os Estados nacionais, como sujeitos de Direito Internacional, são chamados a implementar não só suas próprias demandas punitivas, mas também as internacionais, muito embora, quanto a essas últimas, os principais tratados internacionais em matéria penal careçam de disposições diretamente aplicáveis, servindo, muitas vezes, apenas de exortação aos Estados partes a implementar seus preceitos punitivos. A necessidade de a legislação interna prever todos os mecanismos penais e processuais penais para uma persecução penal adequada, em paralelo às previsões normativas internacionais, advém da constatação de que as providências jurídico-processuais em nível interno, nacional, constituem o terreno fundamental para o enfrentamento da criminalidade transnacional<sup>88</sup>, sem que tal fato signifique uma atuação isolada e independente por parte de cada Estado.

---

<sup>86</sup> Devem os Estados, pois, atender a duas atitudes essenciais, segundo nos ensina Faria Costa: a) punir ou expulsar (*punire aut laudere*); b) evitar, a todo custo, que uma infração fique sem punição (COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 9, n. 34, abr/jun. 2001. São Paulo: Ed. RT, p. 28). Aduzindo, nesse sentido, que nenhuma limitação pode eliminar a jurisdição universal (legítima), quando o seu exercício constitui um dever à luz do direito internacional (geral ou particular), ver: CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como metajurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. In: CORREIA, F. Alves; MACHADO, Jónatas E.M.; LOUREIRO, João Carlos, (Orgs). – *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. G. Canotilho*. Coimbra : Coimbra Editora, 2012, p. 200.

<sup>87</sup> Na área penal, podemos citar uma variada gama de Tratados Internacionais já confeccionados. Veja-se, assim, por exemplo, extenso rol de tratados elencados no anexo desta tese.

<sup>88</sup> Nesse contexto e com precisão, Caeiro: "... independentemente da posição que se tome na querela sobre o pretense declínio da importância jurídico-política do Estado na cena internacional... não parece discutível que é nele que encontramos o principal titular da jurisdição penal" (CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado – O caso Português*. Wolters Kluwer Portugal, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 42-43). No mesmo sentido, conforme será esmiuçado mais adiante: COSTA, José Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 9, n. 34, abr-jun. 2001. São Paulo: Ed. RT, p. 28. Repele-se, assim, o entendimento surgido ainda no início do século passado, segundo o qual a jurisdição universal colocar-se-ia, em nível filosófico, no mesmo

Muito pelo contrário, a vulnerabilidade da sociedade hodierna e a insuficiência de mecanismos conjuntos e de infraestrutura interligada para o combate aos crimes internacionais exigem dos Estados nacionais, cada vez mais, uma atuação, por si e conjuntamente, no combate e na prevenção a essas ameaças. Nesse sentido, tem-se acreditado que os tribunais nacionais com competência universal podem formar um sistema penal internacional em rede que, mediante um adequado sistema de cooperação, pode-se dizer que lança os fundamentos de uma ordem de proteção universal da humanidade. Assim, “esta combinação de competências de jurisdições é um sistema adequado e realizável nas presentes circunstâncias internacionais, com uma ordem jurídica de soberanias estaduais altamente descentralizada”<sup>89</sup>. Essa coordenação de esforços para processar crimes internacionais através do implemento do princípio da jurisdição universal requer, entretanto, um método para tornar possível determinar um caminho para processamento de acordo com critérios específicos e um mecanismo que assegure que as instituições envolvidas atuem em conformidade com esse método<sup>90</sup>, conforme será exposto no decorrer do presente trabalho.

Essa moderna dinâmica de atuação individual e conjunta dos países enfrenta o dilema de se estabelecerem os limites da jurisdição universal no direito internacional. Seu eixo de atuação estaria condicionado à regra da subsidiariedade ou autorizada irrestritamente pelo critério da concorrência? É perguntar, em outras palavras: a aplicação efetiva do princípio da jurisdição universal dependeria da inação dos juízes e tribunais de jurisdição envolvida? A controvérsia científica permanece, até hoje, na doutrina e na jurisprudência, havendo uma inclinação, em meu entendimento, equivocada, pelo critério da subsidiariedade<sup>91</sup>. Exponho minhas razões minoritárias.

---

patamar da própria natureza da norma penal, desfazendo a derradeira característica estatista-territorial, que foi, segundo se disse, “indevidamente atribuída ao direito penal” (MIKLISZANSKI, K., *Le système de l'universalité du droit de punir et le droit penal subsidiaire*, *Revue de Science criminelle et de Droit Penal Comparé*, 1936, p. 331-333).

<sup>89</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. A Globalização do Direito Penal. Da Pirâmide à Rede ou entre a Unificação e a Harmonização, *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários v. 3*, Coimbra Editora, 2009, p. 85.

<sup>90</sup> JESSBERGER, Florian. *International v. Nacional Prosecution of International Crimes*, *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Ed. A. Cassese, New York: Oxford University Press, 2009, p. 213.

<sup>91</sup> Quanto a esse ponto, o art. 5º, da Parte I (Princípios), do Tratado da Comunidade Europeia, prevê que esta só tem competência para agir no caso em que o Estado, isoladamente, não poderia fazê-lo com eficiência. Eis o teor: “Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objectivos da acção prevista

A jurisdição universal finca suas balizas na proteção de bem jurídicos de silhueta supranacional. Ao direito estendido pelos diversos tratados internacionais, acrescenta-se, na mesma medida, o dever imposto a todos os Estados de garantir a preservação dos bens jurídicos pertencentes ao Direito Internacional e de punir aqueles que comprometam a sustentabilidade desses bens através de lesão ou ameaça de lesão. Esse poder-dever é conferido aos Estados de forma absolutamente igualitária, estando os tribunais nacionais e o exercício de sua jurisdição equiparados na exata medida de seus poderes soberanos, isto é, sem nenhuma predileção de um em face do outro. Para o Direito Internacional, em todas as suas vertentes e pensamentos, não há nenhum tipo de preferência jurisdicional entre si, sendo, portanto, todos os tribunais irrestritamente iguais<sup>92</sup>. A igualdade soberana dos Estados é, hoje, uma afirmação do Direito Internacional Positivo, no mais alto nível de seus textos convencionais<sup>93</sup>.

A coexistência de várias cortes nacionais e internacionais com praticamente idêntica jurisdição *ratione materiae* traz a questão sobre como suas atividades respectivas podem ser coordenadas e, em particular, como conflitos de jurisdição podem ser solucionados. A competência para processar crimes internacionais com base na permissibilidade do princípio da jurisdição universal pode se sobrepor em diferentes direções. Em relação aos chamados conflitos de jurisdição entre um tribunal internacional, por um aspecto, e cortes nacionais, por outro, o conflito positivo de competência (vertical) não é apenas intrínseco, mas as regras de solução de conflito existem. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional expressamente reconhece a ideia de administração descentralizada da justiça e é baseado na ideia de complementaridade, permanecendo o cumprimento direto, através do próprio Tribunal Internacional, uma rara exceção. Com relação ao Tribunal Penal Internacional da Antiga Iugoslávia e ao Tribunal Penal

---

não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros, e possam pois, devido à dimensão ou aos efeitos da acção prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário”.

<sup>92</sup> Kelsen destaca a exigência de que uma jurisdição penal internacional, como garantia da paz, só pode ser justificada a partir da existência de igualdade soberana de todos os Estados (KELSEN, Hans, *La paz por médio del derecho*. Tradução de L. Echàvarri. Madri, 2003, p.63 e segs). Para Kant, a igualdade também está presente como condição para promoção de uma Federação Cosmopolita de Repúblicas (KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. São Paulo, LePM Editores, 1989, p. 23).

<sup>93</sup> Nesse sentido, a Carta da ONU diz, em seu art. 2, par. §1, que a organização é baseada “no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros”. A Carta da OEA dispõe, no art. 3, f, que a “ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados”. Além disso, toda a jurisprudência internacional é carregada de afirmações relativas à soberania dos estados e à igualdade soberana que rege sua convivência (REZEK, Francisco, *Direito Internacional Público*. 10. ed. 2 tiragem. Sao Paulo: Saraiva, 2005, p. 224-225).

Internacional para Ruanda, de um lado, e as cortes nacionais, de outro, os Estatutos dos Tribunais explicitamente estabelecem que eles devem ter primazia sobre cortes internas. Como consequência, eles podem, em qualquer fase do procedimento, requerer às cortes nacionais que se abstenham ante a competência do Tribunal.

Em relação ao problema dos chamados conflitos horizontais de jurisdição, isto é, entre duas ou mais cortes da mesma natureza, um conflito positivo de jurisdição pode surgir em particular com respeito a duas ou mais cortes nacionais. Nesse ponto, nem o Direito Internacional geral nem regras específicas trazem uma resposta. Em especial, o Direito Internacional não estabelece uma hierarquia entre cortes nacionais, a qual determinaria a base para processamento em cada caso. Isso, porque uma relação horizontal é baseada na igualdade soberana dos Estados, resultando no adágio *par in parem non habet imperium*. A natureza da relação é tal que um Estado não tem jurisdição sobre nenhum soberano e, assim, não pode ordenar a nenhum Estado a prática de certos atos. A cooperação criminal interestatal também é baseada em uma relação horizontal entre os Estados. Se uma disputa pertinente à extensão do dever de cooperar ocorre na relação de assistência legal horizontal, os Estados, pelas mesmas causas e motivos acima, solucionam-na – ou não o fazem – em uma base consensual. No modelo horizontal, é impensável que o lado requerente, ou o lado requerido possam unilateralmente decidir tal disputa<sup>94</sup>.

Estando o ofício jurisdicional dos Estados equiparados entre si – horizontalmente e, portanto, sem subserviência – e não havendo normas que apontem critérios objetivos de preferências jurisdicionais, a aplicação do critério da concorrência é a atitude que mais corresponde à necessidade de resposta institucional dos Estados em face da crescente criminalidade internacional. Ainda que se partisse de uma previsão objetiva de critérios, caso em que estaria sendo garantida uma legítima delimitação competencial entre os Estados sem mácula à soberania, atingir-se-ia, em contraponto, a própria noção de universalidade<sup>95</sup>. Evidentemente, o poder-dever de exercício da jurisdicionalidade

---

<sup>94</sup> Segundo Caeiro, a prevenção de conflitos de jurisdição foi introduzida no Tratado da União Europeia pelo Tratado de Amsterdã, como um objetivo da ação em comum no domínio da cooperação judiciária em matéria penal. (CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. In: CORREIA, F. Alves; MACHADO, Jónatas E.M.; LOUREIRO, João Carlos (Orgs). – *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. G. Canotilho*. Coimbra : Coimbra Editora, 2012, p. 194).

<sup>95</sup> Nesse sentido: *El establecimiento de criterios de prioridad para unos tribunales nacionales respecto de otros, también nacionales, em la atribución de jurisdicción, respecto de la protección de bienes*

universal é incondicionado. Nessa linha de entendimento, o próprio conceito de universalidade é inconciliável com o de subsidiariedade. Os bens jurídicos salvaguardados pelo princípio da jurisdição universal não pertencem – nem nunca pertencerão, seja qual for a hipótese fática ocorrida ou teoricamente sugerida – a um determinado Estado isoladamente. Os ditos bens jurídicos internacionais constituem patrimônio de todos os Estados, igualmente, o que significa dizer serem bens pertencentes à comunidade internacional, a qual está, portanto, legitimada a exercer sua jurisdição protetiva em favor de tais bens através das cortes nacionais, agentes dessa comunidade.

O reconhecimento de um Direito que confere legitimidade ao exercício da jurisdição penal internacional apresenta-se seriamente afetado em sua credibilidade, se o mesmo estiver balizado por condicionantes que possam impedir o exercício efetivo dessa jurisdição. Os problemas que política e juridicamente são erguidos, por suposto atentado aos princípios da soberania e da não ingerência, desarticulam-se ante a constatação, acima já posta, de que os bens jurídicos discutidos interessam a todos os países envolvidos. Sendo o bem jurídico afetado a todos pertencentes e, portanto, a cada Estado também isoladamente vinculado -, a atribuição jurisdicional dada a tribunais internacionais, a comunidades internacionais ou a países de jurisdição teoricamente prevalentes, em cujo território se perpetrou a infração penal a ser perseguida, não pode obstar a concretização unilateral de persecução penal, por parte de um determinado Estado, aos crimes de contornos internacionais, contra os quais se firmaram acordos de prevenção e repressão<sup>96</sup>.

A concorrência de competências carrega o inconveniente de potencial mácula aos direitos individuais dos investigados, tendo em vista a circunstância de diferentes sistemas jurídicos nacionais e, ainda, internacionais possuírem competência de aplicação sobreposta, especialmente, quando se está diante de crimes de natureza transnacional<sup>97</sup>. Pedimos, nesse estrito aspecto, a máxima vênia para discordar do nobre

---

*jurídicos de los que ninguno de ellos es titular, contravendría el principio mismo de universalidad* (SESÉ, Manuel Ollé, *Justiça Universal para Crímenes Internacionales*. Madrid: Ed. La Ley, grupo Wolters Kluwer, maio. 2008, p. 382).

<sup>96</sup> Tal raciocínio está legitimado pela afirmação de Faria Costa, no sentido de que “se deveriam aumentar os casos em que funcionem a cláusula complementar que se sustenta no princípio da aplicação universal.” (COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, ano 9, n. 34, abr/jun. 2001. São Paulo: Ed. RT, p. 28-29).

<sup>97</sup> Apontando a inconveniência (e, até, ilegitimidade) de exercício de múltiplas jurisdições, afirmando que “as jurisdições conflituantes podem entrar em verdadeira competição – e até mesmo em modo de ‘não cooperação’, frontalmente oposto ao espírito dos Tratados”, ver: (CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição

professor, por entender que tais problemas só existem pelo fato de as tipificações criminais serem diferentes em cada delimitação territorial. Com a aproximação normativa entre as diversas legislações para fins de cooperação penal internacional - propósito primeiro da presente pesquisa - haverá, ao contrário, um estímulo aos países em cooperar com a persecução desenvolvida no outro, por reconhecer, no ordenamento diverso, uma base normativa harmônica à sua.

Verdadeiramente, possuindo um ambiente normativo comum e convergente, é mais que natural que os Estados passem a confiar uns nos outros na solução de problemas que lhes são também comuns. Haverá naturalmente uma propensão maior para que um dos Estados, reconhecendo a legitimidade da persecução penal do outro (por, repita-se, identificar sua base normativa em consonância com a estrangeira), para inibir-se em também desenvolver uma persecução penal em paralelo, diminuindo bastante, a partir daí, a possibilidade de uma dupla perseguição eventualmente atentadora aos direitos dos investigados. Isso foi realidade no mais complexo processo penal já desenvolvido na história do ordenamento jurídico brasileiro (o chamado “caso da Operação Lava-jato”), em que, havendo inicialmente duas investigações penais correndo em paralelo (uma na Suíça e outra no Brasil), acabou redundando em apenas um processo penal sob as hostes do sistema brasileiro. Acrescente-se que, conforme se verá mais à frente, o sucesso da operação foi alcançado, entretanto, à revelia do correto cumprimento dos mecanismos legais de cooperação. Este também será um detalhe que o propósito final desta tese visa a contornar.

A justaposição de diversos sistemas processuais em desfavor de um investigado pode gerar, sobretudo em crimes transnacionais, a abertura, em seu desfavor, de diversos processos penais concorrentes, fato que poderia gerar eventual prejuízo em sua posição jurídica dentro do processo<sup>98</sup>, afetando, especialmente, a segurança jurídica<sup>99</sup>.

---

nacionais. In: CORREIA, F. Alves; MACHADO, Jónatas E.M.; LOUREIRO, João Carlos, (Orgs). – *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. G. Canotilho*. Coimbra : Coimbra Editora, 2012, p. 202).

<sup>98</sup> Verdadeiramente, quando da aplicação do princípio da jurisdição universal entre os Estados, a segurança jurídica é especialmente atingida, já que, normalmente, as linhas de proibição criminal são diferentes em cada delimitação territorial, e os pontos de divergência na determinação da lei penal, no espaço, podem levar à aplicação simultânea de diferentes ordens processuais penais. Nesse e em outros pontos, este trabalho pretende mostrar a imprescindibilidade da aproximação normativa entre as diversas legislações, para fins de cooperação penal internacional.

<sup>99</sup> Segundo Sieber, a necessária segurança jurídica é posta em causa, quando as margens de proibição penal são diferentes em cada espaço territorial, bem como quando os critérios de aplicação espacial da lei penal conduzem à aplicabilidade e várias ordens jurídicas ao mesmo comportamento (SIEBER, Ulrich. O futuro do Direito Penal Europeu – uma nova abordagem dos objectivos e dos modelos de um sistema de

Esses problemas específicos podem, no entanto, ser contornados com a harmonização de elementos normativos mínimos de determinados injustos penais internacionais e de criação de um instrumento uniforme de cooperação penal internacional entre os diversos países<sup>100</sup>, como se verá após a demonstração do escopo principal da presente tese. A proteção das pessoas vinculadas às regras do estado onde se encontram é, ainda, melhor garantida por meio do requisito da dupla-incriminação<sup>101</sup>.

Ademais, tendo em vista a diversidade de hipóteses concretas esperadas, seria impraticável estruturar formular uma norma que anteviesse uma regra substantiva para a distribuição de competência que abrangesse todos os casos possíveis<sup>102</sup>. No plano dos crimes transacionais, com suas múltiplas conexões que normalmente justificariam o exercício da jurisdição nacional, uma normatização inflexível não seria sequer conceitualmente possível na maioria dos casos. Uma escolha advinda de um só critério (o lugar onde o fato é praticado, por exemplo) sempre comportaria o risco de processos serem levados a efeito por um Estado no qual se verifica um nexos mais ou menos circunstancial com o total da dinâmica delituosa<sup>103</sup>. A necessidade de concorrência não advém meramente de uma consideração de rapidez, mas também de consideração de justiça material, já que o objetivo de apurar a verdade pode ser melhor alcançado naquela jurisdição, por exemplo, onde maior parte da prova está localizada e na qual, conseqüentemente, os passos investigativos podem ser conduzidos de forma rápida e bem sucedida<sup>104</sup>.

A atribuição de competência a um Estado, por razões de universalização jurisdicional, sem, portanto, cogitar-se aqui o critério de territorialidade, para a perseguição

---

Direito Penal Europeu. In: Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de processo Penal Português, Coimbra Editora, 2009, p. 475).

<sup>100</sup> Acerca de um modelo de harmonização das competências em matéria penal como solução para competências conflitantes, ver: VOGEL, Joaquim; NOROUZI, Ali B. *The European Arrest Warrant, ne bis in idem and the problem of multiple jurisdictions*, In: Guidicelle-Delage/Manacorda (Coord.). *L'intégration pénale indirecte*. Paris, 2005, p. 155-177.

<sup>101</sup> SCHUNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. *In RBCC 90*, 2011, p. 191.

<sup>102</sup> Ibid.

<sup>103</sup> Particularmente nas hipóteses de delitos nos quais a conduta é praticada longe do lugar onde o dano se perfaz, este critério pode parecer inadequado e, do ponto de vista da economia processual, categoricamente inútil, particularmente quando a violação do bem jurídico pretendida pelo arguido ocorre em outro estado. Afora o fato de a necessidade de prevenção ser maior onde a violação do bem jurídico se efetua, o lugar onde a conduta é praticada pode frequentemente ser o resultado do puro acaso, como ocorrerá, por exemplo, se alguém postar uma carta fraudulenta em algum lugar durante uma viagem por diversos estados (Ibid. p. 194-195).

<sup>104</sup> Ibid.

e ajuizamento de ações contra crimes supranacionais, torna lógica e consequente a concorrência de competências, já que a jurisdição universal, declarada para um Estado, não pode ser subsidiária ou menor que a de um outro Estado ou menor que a estabelecida convencionalmente. Assim, conforme Schunemann, a regulamentação de atribuição de competências exclusivas não é sequer concebível, mesmo em sua forma mais básica, no estágio atual, uma vez que os crimes transacionais afetam tipicamente interesses de diversos estados, dentre os quais quase nunca se poderá afirmar que só um tenha competência exclusiva *in abstracto*<sup>105</sup>. Isso não gera, porém, como decorrência do caráter universal dos bens jurídicos e de sua proteção, a consequência do Estado estar livre para criar, em seu direito interno, mecanismos competenciais e jurisdicionais para perseguir universalmente um crime previamente considerado por ele como lesionante de bem jurídico comum a todos os Estados. Para isso, conforme destacado no tópico anterior, ele depende da legitimidade que só lhe será dada em nível internacional, através de regra costumeira ou convencional.

---

<sup>105</sup>

SCHUNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. *In RBCC 90*, 2011, p. 194-195.



## CAPÍTULO 2

### DOS PRESSUPOSTOS DE LEGITIMIDADE DA HARMONIZAÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO PENAL

#### **2.1 - A manutenção da ordem soberana interna como pressuposto de legitimidade material para a harmonização normativa**

A característica mais significativa das relações internacionais democráticas que configura também o elemento propulsor do direito internacional é, sem dúvida alguma, a interdependência entre os países. Essa interdependência é resguardada, no plano externo, pelo poder soberano, que assegura aos Estados o direito de governar e de impor suas leis a seus súditos sem submissão a qualquer influência estrangeira. A soberania sempre serviu para assegurar aos países o direito de autodeterminação<sup>106</sup>, de igualdade jurídica, de respeito mútuo e de não interferência em sua área de jurisdição: ela sempre representou a própria autonomia política, diplomática e administrativa que ostenta um determinado Estado perante os demais Estados estrangeiros<sup>107</sup>.

O Tratado de Westfália, de 1648, pondo fim à Guerra dos Trinta Anos, marcou a transposição da sociedade medieval, que se encontrava sob a autoridade da Igreja, para a sociedade do Estado Nacional Moderno, unida à noção de soberania e a um poder político centralizado<sup>108</sup>. Com a chamada Paz de Westfália, os princípios da soberania e da igualdade interestatal foram consagrados como fundantes do equilíbrio político entre

---

<sup>106</sup> É relevante a visão de Stuart Mill sobre a autodeterminação: “*We are to treat states as self-determining communities...whether or not their internal political arrangements are free, whether or not the citizens choose their government and openly debate the policies carried out in their own name... The members of a political community must seek their own freedom, just as the individual must cultivate his own virtue. They cannot be set free, as he cannot be made virtuous, by any external force*” (MILL, John Stuart. *A Few Words on Non-Intervention*, in *Dissertations and Discussions: Political, Philosophical, and Historical*, by John Stuart Mill, Boston: William V. Spencer, 1868, v. 3, pp. 238-263).

<sup>107</sup> A soberania é um dos elementos caracterizadores do Estado - assim como o território (base física) e o povo (substância humana) -, tendo sua gênese no próprio surgimento do Estado Moderno no século XVI, nascidos como organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais de ordem social (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74). O conceito de soberania surgiu no contexto das lutas históricas como motor da afirmação da unidade e supremacia dos Estados (JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado*. Trad. de Fernando de los Rios. México: Fondo de Cultura Economica, 2004, p.416).

<sup>108</sup> Segundo Faria Costa, tal período representou, verdadeiramente, o embrião da forma de perceber o Estado nacional, com as garantias de direito de aliança com os Estados estrangeiros e, conseqüentemente, com o direito de não-ingerência (COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, Ano 9, n. 34, abr./jun. 2001, p. 23).

os Estados<sup>109</sup>, passando a haver o respeito e a coexistência entre os diversos entes políticos que emergiam àquele período e denotando, assim, uma nova concepção da ordem internacional<sup>110</sup>. A partir dessa etapa, os Estados passaram a ter liberdade absoluta para governar um espaço nacional - denominado território -, dispondo-se, se assim entendesse, a celebrar acordos voluntários (tratados) e a regular as relações externas e intraconexas das mais variadas espécies<sup>111</sup>. O marco de Westfália fez emergir um sistema composto somente pelos governos dos Estados soberanos - não havendo, pois, uma autoridade superior - dando-se início à sociedade internacional moderna, onde os Estados passaram a predicar que a soberania e a não intervenção seriam imperativos da garantia de tratamento e respeito mútuos.

As últimas décadas, entretanto, têm assistido a profundas transformações no conteúdo do poder soberano dos Estados, devido a diversos fatores de ordem interna e externa, como o surgimento das organizações internacionais e supranacionais, a globalização, a preocupação da comunidade internacional com questões relacionadas aos direitos humanos e também a formação de blocos econômicos<sup>112</sup>. Assim, conforme discorre Faria Costa, a noção de Estado e suas específicas funções de soberania entram em crise tanto por força de circunstâncias exógenas (cada vez mais, puxado para espaços políticos supranacionais) e endógenas (pelo desgaste de todos os movimentos de regionalização e autonomia, bem como a privatização de um conjunto de tarefas e funções que eram, até então, tidas como pilares sacrossantos do Estado)<sup>113</sup>. Mais especialmente, o

---

<sup>109</sup> Ocorreu, assim, a consagração "do reconhecimento oficial da ideia de uma sociedade internacional integrada por Estados iguais e soberanos" (BOSON, Gerson de Brito Mello. *Direito internacional público: o Estado em direito das gentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.162).

<sup>110</sup> Estendendo-se de 1648 a 1945, muitos de seus pressupostos ainda se fazem presentes no mundo hodierno, substituindo a ordem internacional da cristandade pela ordem secular do Estado-Nação (AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 1, p. 29-33).

<sup>111</sup> LAFER, Celso. Os dilemas da Soberania. In: *Paradoxos e Possibilidades*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, p. 70.

<sup>112</sup> A própria concepção de responsabilização penal internacional do indivíduo só começou a surgir após a quebra do paradigma da soberania ilimitada dos Estados e, em paralelo, com a aceitação da personalidade passiva do indivíduo no contexto internacional, a partir da criação dos Tribunais Internacionais. Assim, segundo Caieiro, a própria "assunção de poderes em matéria penal por parte de uma entidade internacional ou mesmo de outros Estados, é recorrentemente escrutinada à luz da eventual violação da soberania". O mesmo autor ainda cita o caso Lotus, perante o Tribunal de Nuremberg onde, durante o julgamento, foi sustentado que a responsabilidade criminal individual por violações ao direito internacional era incompatível com a ideia de soberania (CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado – O caso Português*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 48).

<sup>113</sup> COSTA, José Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, Ano 9, n. 34, abr./jun. 2001, p. 23.

fenômeno da integração<sup>114</sup> e a própria ideia de direitos humanos universais impõem uma relativização dessa intocável autonomia presente na própria noção de Estado soberano<sup>115</sup>. Isso se deve à voluntária submissão dos países às mais diversas obrigações assumidas no âmbito internacional, tanto na área financeira e política, quanto no plano da proteção aos direitos humanos. Assim, no atual contexto internacional, a própria noção de poder soberano é balizada pela sujeição espontânea dos Estados aos dogmas do Direito Internacional contemporâneo<sup>116</sup>.

Ao confrontar-se com os demais Estados estrangeiros na ordem internacional, um Estado não age com a mesma autonomia imperialista que o destaca no âmbito interno de seu território. Na seara internacional, são as ideias de conjugação, de interligação e de igualdade jurídica as quais orientam a disciplina dos poderes soberanos análogos. Nas relações internacionais entre Estados, o poder soberano não mais se

---

<sup>114</sup> Na verdade, atualmente desenvolvem-se movimentos de integração política que implicam uma crescente partilha de poderes outrora considerados exclusivos do Estado Nacional. O processo mais avançado é certamente o da União Européia, em que os poderes exercidos pelas instâncias de integração abrangem poderes legislativos em muitas áreas, poderes administrativos e poderes jurisdicionais. A criação da moeda única europeia e a perspectiva de uma política de defesa e de relações externas comuns testemunham a profundidade do movimento de integração. Essa integração comunitária forçou os Estados-Membros à adequação dos seus modelos constitucionais aos requisitos do modelo europeu em matéria econômica (GRAU, Eros Roberto. *Direito Constitucional - estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Malheiros Editores, 2001, p. 170).

<sup>115</sup> Embora tal problema não seja recente, nas precisas palavras de Pierre Pescatore: “o problema das limitações impostas à soberania não é novo: em todas as épocas da história as encontramos no entorno dos grandes Estados e dos grandes impérios com uma coloração seja hegemônica, seja colonialista, seja imperialista. São essas inconstâncias históricas que explicam porque a afirmação da soberania nacional – com os postulados da não ingerência nos assuntos dos demais e do respeito pela autonomia nacional – tem se transformado numa arma defensiva em mãos dos Estados destinados a suportar a dominação das grandes potências. Pelo menos, a afirmação da soberania, ainda que fictícia, permite fazer mais tolerável os ataques à igualdade dos Estados” (PESCATORE, Pierre. *Derecho de la Integración: Nuevo Fenómeno de las Relaciones Internacionales*. Buenos Aires: Instituto para la Integración de América Latina/ BID, 1973, p. 29).

<sup>116</sup> Já na década de 60, entretanto, Moncada tratava, referindo-se ao Estado moderno, dos “constantes sacrifícios da sua soberania que, cada vez mais, como conta a pagar, são-lhe impostos pela conveniência no plano internacional” (MONCADA, Luís Cabral de. *Estudos de Filosofia do Direito e do Estado*, I, 2004, p. 239). Ressalte-se que essa voluntariedade, nem sempre, faz-se presente, tendo em vista a assunção de compromissos no plano internacional que foram levados a efeito, muitas vezes, em razão de se evitarem restrições, impedimentos ou até mesmo intervenções políticas. Insistindo nesse último aspecto, diga-se que o reconhecimento dos Estados em restringir sua soberania em benefício de uma autoridade internacional ou da assunção de um determinado tratado internacional, no que diz respeito aos direitos humanos, é justificada pelo fato de que os governos buscam a coerção internacional, quando um compromisso internacional efetivamente reforça as preferências políticas de um governo específico num determinado tempo contra futuras alternativas políticas domésticas. Isso deixa claro que a autolimitação dos países pela aceitação de convenções internacionais de direitos humanos não perfaz uma dinâmica representativa de um altruísmo moral, mas, ao contrário, os governos utilizam-se do referido expediente, muitas vezes, quando os benefícios de reduzir futuras incertezas políticas pesam mais que os custos de limitação de sua a soberania (BARBOSA, E. *Stare decisis. integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da 2011 aproximação dos sistemas de common law e civil Law*. Tese de Doutorado PUCPR, 2011. Disponível em : <http://pt.scribd.com/doc/231929049/Tese-Estefania#scribd> . Acesso em 15. Jan. 2015).

apresenta com o seu viés absolutista clássico, desenhando-se, atualmente, com características de isonomia jurídica e interdependência em suas relações mútuas. O conceito de soberania da teoria clássica do Direito Internacional<sup>117</sup>, como poder absoluto do Estado de agir de forma ilimitada, irrestrita e incondicional<sup>118</sup>, não é aceito pela concepção contemporânea, que consagra a limitação, a ordenação e a inter-relação entre os Estados componentes da comunidade internacional, como balizas para o exercício de seu poder<sup>119</sup>. A formulação tradicional de soberania, pois, não serve para dispor os critérios que devem reger o poder de agir externamente dos Estados contemporâneos, sendo certo que “o Estado Constitucional está morto em suas pretensões de absoluto político”<sup>120</sup> e a “soberania encontra-se hoje em plena decomposição”<sup>121</sup>.

Dessa forma, pode-se afirmar que a noção de poder soberano, em sua leitura hodierna, deve ser compatibilizada com relações jurídicas internacionais conduzidas pela isonomia entre Estados, balizada pelas regras integracionistas e de cooperação<sup>122</sup>. Todos os Estados são soberanos nas suas relações externas interestatais (soberania compartilhada), já que o exercício no plano externo do poder soberano não significa o isolacionismo ou a

---

<sup>117</sup> Jean Bodin, em seu *Les six livres de La République*, escrito em 1576, definiu soberania como “poder absoluto e perpétuo” de uma República (Estado), baseando-se na situação da monarquia francesa daquela época. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76). Absoluto, por não se submeter a qualquer condição imposta por uma ordem jurídica anterior, e perpétuo, por inaugurar a ordem jurídica e fundar a sociedade política, permanecendo em estado de latência e podendo manifestar-se a qualquer tempo, sempre que o titular resolva remodelar as instituições. (PEREIRA, Eitel Santiago de Brito. *Política, Ética e Estado*. João Pessoa: Ideia. 2011, p. 147).

<sup>118</sup> Segundo Derrida, é necessária a “desconstrução do conceito de soberania incondicional”. (DERRIDA, Jacques. *A Universidade sem Condição, Estação Liberdade*. São Paulo, 2003, p. 17).

<sup>119</sup> No que tange à variação do significado de soberania, Lupi discorre que se trata de “um conceito que tem sido usado para descrever fenômenos diversos, que vão do Príncipe-Estado dos séculos XV e XVI, à soberania popular, e à soberania nacional, chegando por fim à soberania como atributo do Estado. Inobstante (*sic*) tais transformações, observa-se que os atributos que se lhe deram podem ser quase linearmente identificadas nas diversas teorias que o utilizaram”. O autor complementa seu raciocínio, aduzindo: “do mesmo modo que a soberania do rei da França no século XVI era inalienável, também o era a soberania do povo francês e a soberania da nação russa, bem como a soberania do Estado italiano do século XX. Esses caracteres, basicamente normativos e não descritivos - e por isso a sua sobrevivência à heterogeneidade discursiva - só podem ser analisados hoje também normativamente, procurando enquadrá-los às concepções jurídicas atuais e olhando para a realidade empírica só de relance. Em suma, eles sobreviveram nominalmente, mas sua significação variou de acordo com o contexto e com a noção de soberania usada” (LUPI. André Lipp Basto. *Soberania OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001, p. 272).

<sup>120</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Almedina, 1999, p. 231.

<sup>121</sup> DERRIDA, Jacques. *A Universidade sem Condição*. São Paulo: Estação Liberdade, 2003, p. 17.

<sup>122</sup> Mesmo porque, conforme salienta Caeiro, “a cooperação só faz sentido enquanto houver pluralidade de Estados cooperantes e, portanto, enquanto houver Estados (mais ou menos) soberanos” (CAEIRO, Pedro. *Cooperação Jurídica na União Europeia*. In: *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 79).

ilimitação que o conceito clássico de soberania envolve<sup>123</sup>. A cooperação política, social, econômica e cultural entre os Estados, nas mais diversas áreas, entre as quais se insere, de modo prioritário, o direito penal, antes de ser um obstáculo ao exercício da soberania, é requisito necessário à própria sobrevivência estatal no âmbito internacional. Desse modo, negar as relativizações necessárias no exercício do poder estatal, ante uma suposta intromissão inaceitável à soberania, representa ignorar a necessidade e a realidade da vida contemporânea<sup>124</sup>.

Em contraponto, a noção político-ideológica de soberania, como sendo um poder absoluto, ilimitado e incapaz de sofrer relativização ou delimitação, é incompatível com um sistema jurídico internacional que tenta promover a igualdade e integração entre os Estados, não podendo ser aceita na atual contingência mundial. A adoção desse conceito clássico de soberania é inclusive inviabilizador das próprias relações entre os Estados, pois se mostra inviável que os Estados, nas suas relações mútuas, sejam vinculados por normas jurídicas interestatais, a exemplo de normas decorrentes dos tratados de direito internacional, uma vez que são todos eles soberanos no sentido ideológico-político e, assim, investidos de poder uno, incontrastável, absoluto, indivisível e irrenunciável<sup>125</sup>. Impossível compatibilizar-se, nesse aspecto, o modo de relacionamento entre Estados iguais, se eles são também soberanos na maneira de relacionar-se entre si. O exercício soberano absoluto é incapaz de fundar-se consistentemente nas relações internacionais, sempre calcadas na igualdade entre os Estados. Inviabilizar-se-ia inclusive o próprio instituto da responsabilidade estatal decorrente de ato ilícito, ante a possibilidade de responsabilização do Estado sem seu consentimento<sup>126</sup>.

---

<sup>123</sup> A redefinição do antigo formato de soberania como poder absoluto, perpétuo, uno e indivisível, na esteira das formulações propostas pelos autores clássicos, foi também sugerida por Pescatore, quando salienta que “a ideia preconcebida de soberania indivisível fecha os olhos do espírito ao fenômeno da integração”. Ainda segundo o autor, “o direito da integração descansa sobre uma premissa estranha ao direito internacional clássico: a da divisibilidade da soberania” (PESCATORE, Pierre, *Derecho de la Integración: Nuevo Fenómeno de las Relaciones Internacionales*. Buenos Aires: Instituto para la Integración de América Latina/ BID, 1973, p.26-27).

<sup>124</sup> Nesse sentido, ainda se diz que “a soberania estatal absoluta hoje produziria um caos mundial absoluto. Conforme nos entremos no novo milênio será reconhecido que aceitar certas restrições ao poder nacional pode ser necessário se os governos pretendem servir à verdadeira soberania – ao povo mesmo” (ARAÚJO, G. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 15, n. 58, jan./mar.2007, p. 293).

<sup>125</sup> BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*, 2005, p. 182.

<sup>126</sup> Assim é que, segundo Borges, a caracterização tradicional da soberania é conservadora, reacionária, portanto, ideológica, e prestou serviços aos imobilistas de todos os matizes, que sempre se opuseram à integração comunitária. Em suma: trata-se de uma ideologia política, escondida sob a face de uma pretensa caracterização jurídica do poder estatal. (BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*, 2005, p. 185).

Assim, as relações internacionais recíprocas, base da supranacionalidade e laço característico do dinamismo democrático globalizado, possibilitaram uma nova leitura do conceito de soberania (soberania compartilhada) e o estabelecimento de novos princípios a orientá-la: a cooperação e a solidariedade internacionais. Verdadeiramente, a interdependência que se estabelece contemporaneamente, entre os Estados, aponta para um, cada vez maior, atrelamento entre as ideias de soberania e de cooperação jurídica, econômica e social<sup>127</sup>. Como verificado, a soberania, já em seu nascedouro, encerrou os interesses de um poder específico – o monárquico – e, ao longo do tempo, tem perdido o conteúdo que tradicionalmente lhe era atribuído, a fim de adequar-se à evolução das relações interestatais. A ordem internacional contemporânea encampa-se com características acentuadamente pós-nacionais, não havendo espaço para nacionalismos puros derivados do conceito clássico de soberania, podendo ser preciso, nos dias atuais, o exercício de soberania própria no território de outros Estados, como pode exigir-se a concessão de parte de um território para o exercício da soberania por parte de outro Estado<sup>128</sup>.

A disposição do poder soberano frente aos compromissos internacionais firmados pelos Estados e diante dos organismos internacionais dos quais os mesmos fazem parte deve ser completamente alterada no cenário contemporâneo. A ordem absoluta e incontestável, elemento caracterizador do próprio Estado, perde, no mundo atual, sua força de constituição de um poder estatal ilimitado. A latitude e a extensão dos compromissos externos entre os Estados transformam esses encargos em elemento constitutivo do Estado Contemporâneo. A atual dinâmica das relações entre os Estados exige, pois, apropriadamente, a remodulação do conteúdo da soberania como pressuposto indispensável à sua adequação aos novos modelos de supranacionalidade<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 140.

<sup>128</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de Derechos Humanos cometidas en el extranjero*. CDJ, n. 07, 2001, p. 1999-2000.

<sup>129</sup> Verifica-se, de forma insofismável, que as profundas transformações que caracterizam a seara internacional hoje, mormente no tocante à consolidação de blocos regionais, afetaram o poder absoluto dos Estados, já que a relativização torna-se imanente à integração. (RODRIGUES, Fernanda Savian. *Soberania e Supranacionalidade - Oposição Intrínseca ou Aparente?* p. 334- 335). Os movimentos de integração regional dos Estados transformaram-se, assim, num dos grandes elementos determinantes do Constitucionalismo nos tempos vindouros. Cumpre salientar, entretanto, que a atuação dinâmica dos Organismos Internacionais supranacionais não é excluyente da figura do Estado soberano (já que este continua sendo o principal destinatário da vontade popular) e do seu elemento estatal, eis que estes continuam como partícipes do modelo descentralizado da sociedade internacional (CARRILLO SALCEDO, J.A. *Soberanía de los Estados e Derechos Humanos em El Derecho Internacional Contemporáneo*. 2 ed. Madri: Tecnos, 2010).

O poder soberano absoluto do Estado sequer subsiste em sua integralidade, na relação de comando com sua ordem interna, em face da nova realidade dos *Estados compostos* modernos que reconhecem, em diversos graus, autonomias políticas e administrativas regionais, sendo inviável no contexto tanto das relações internas quanto das relações internacionais contemporâneas. A concepção tradicional do Estado Constitucional Nacional, com poder político uno e exclusivo, que desconhecia divisões no interior ou limitações do exterior e onde, dentro das suas fronteiras, só o seu poder se exercia - nem outras leis, nem outras atividades -, deixou de corresponder à realidade quanto à ordem interna quanto à ordem externa.

Desse modo, os Estados Nacionais, outrora estrutura única e privilegiada do poder político, em suas relações internas e internacionais, rejeitaram a si mesmos, passando a ser apenas um dos níveis de uma cadeia de degraus de poder, desde o poder local, passando pelo poder regional, até o poder supranacional. O provimento político desloca-se crescentemente, para a esfera internacional ou supranacional. As fronteiras do Estado deixam de ser relevantes para muitos efeitos<sup>130</sup>, e, desde logo para a contenção da informação vinda do exterior<sup>131</sup>. Na União Europeia, mais especialmente, a liberdade de circulação de mercadorias, pessoas, capitais e serviços diluíram as fronteiras nacionais, que se tornaram tendencialmente irrelevantes<sup>132</sup>.

Para que o Estado, pois, possa consagrar-se no domínio internacional, deve seguir pela direção jurídica e liberal de não resignação ao poder soberano absoluto, para, ordenado com os demais Estados, buscar estabelecer parcerias jurídicas, desenvolvendo uma estrutura jurídica minimamente comum, com o objetivo principal de fazer funcionar, de modo mais adequado e eficiente, o seu sistema jurídico. O círculo de mudanças que se

---

Verdadeiramente, o exercício dessas competências em instituições comuns não se traduz em termos de perda de soberania do Estado, mas, ao contrário, representa sua participação no poder de decisão dentro da organização, oferecendo-lhe a possibilidade de exercer responsabilidades que, em escala nacional, haviam se convertido em puramente formais para os Estados que passaram a ser interdependentes (LOUIS, J. *El Ordenamiento Jurídico Comunitário*. 5. Ed. Luxemburgo: *Oficina de publicaciones de la Comisión Europea*, 1995, p. 16).

<sup>130</sup> Realidade a partir da qual Paul Virilio cunhou a expressão “fim da geografia”. (BAUMAN, Zigmunt. *Globalization – The Human Consequences*. Cambridge: Polity Express, 1998, p. 12).

<sup>131</sup> GRAU, Eros Roberto, Willis Santiago. *Direito Constitucional - estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Malheiros Editores, 2001, p. 33.

<sup>132</sup> Nesse sentido, Caeiro, formidavelmente, aduzindo que o espaço europeu “representa, simbolicamente, uma desterritorialização da justiça penal, através da substituição parcial das várias soberanias cooperantes pelo exercício em comum de algumas das competências que lhe são inerentes” (CAEIRO, Pedro. *Cooperação Judiciária na União Europeia*. In: *Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 73).

estabelece na sociedade internacional contemporânea – nos diversos âmbitos histórico, político, tecnológico, econômico, social ou científico - acaba exigindo a aproximação da cultura jurídica dos povos e a convergência de tradições historicamente opostas e inconciliáveis, como é o caso da *Common Law* e da *Civil Law*. Decerto que, neste plano de análise, os ideais jurídicos do Estado precisam predicar-se a essa nova realidade, já que uma dinâmica cooperativa e integracionista entre esses entes apresenta-se, cada vez mais, necessária<sup>133</sup>. Assim é que Marcelo Neves ensina que um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional, no sentido estrito, ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco<sup>134</sup>.

Na busca de uma persecução penal conjunta, a igualdade entre os Estados, princípio basilar do direito internacional, coexiste plenamente com o exercício de um poder soberano desvinculado de suas matizes histórico-absolutistas (soberania clássica), exercido de forma compartilhada e solidária. Em matéria penal, devem os diversos Estados agir de forma interligada e cooperada, na busca de providências capazes de evitar e reparar os ilícitos que afetem tanto os bens jurídicos nacionais quanto internacionais<sup>135</sup>. Isso porque integra o conteúdo de sua soberania o fato de que o Estado obtenha a autoridade para fazer de um ato considerado danoso um delito punível e, em consequência dele, castigar o responsável. O poder de impor uma sanção penal (*jus puniendi*) faz parte do poder soberano do Estado<sup>136</sup>, cuja missão fundamental é a de criar e implementar uma ordem jurídica destinada a facilitar a coexistência pacífica das pessoas, sendo o Direito Penal uma parte relevante dessa ordem jurídica<sup>137</sup>.

Assim, o princípio da soberania nacional, com seus contornos clássicos moldados no transcorrer do século XVI, quando praticamente inexistiam as interações

---

<sup>133</sup> Seria a busca de “passagem de um imperialismo de soberanias para um reconhecimento mútuo de soberanias limitadas” (RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Mandado de detenção europeu na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?* RPCC. Coimbra, ano 13, n.1, Jan. / Mar. 2003, p. 34).

<sup>134</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, p. 121.

<sup>135</sup> Assim é que a mundialização do Direito Penal, que não respeita nem as soberanias nem os territórios, é vista por muitos como a marca de um direito pós-moderno. (DELMAS MARTY. M. O Direito Penal como ética da mundialização. *In: RPCC*. Coimbra: Coimbra Ed., ano 14, n. 3, 2004, p. 288).

<sup>136</sup> Assim, é o Estado, segundo Eduardo Correia, o “titular único do *ius puniendi*” (CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal com Colaboração de Figueiredo Dias*, I, 1963, Coimbra, p. 165).

<sup>137</sup> Nesse sentido, “o Direito Penal é o que, pela tradição e pela cultura, mais se enraíza no conceito de soberania”. (CUNHA RODRIGUES. *Direito Comunitário e transdisciplinaridade. O papel do Juiz Comunitário*. *In: RPCC*, Ano 12, nº. 1, Jan./Mar. 2002, p 36).



internacionais do presente - haja vista seu reduzido impacto na sociedade da época -, bem como em face da ausência da criminalidade organizada transnacional - cenário incapaz de dar à criminalidade da época grave significância-, deve, atualmente, obter rigores associados à busca de uma responsabilidade de hostes internacionais. No mundo moderno, os territórios estão sujeitos à conveniência global e da humanidade, e não aos interesses de determinado Estado isoladamente.

Sob este novo regime, devem os Estados, realmente, moldar o caráter de seus ordenamentos jurídicos, para que os mesmos se voltem a uma conjuntura de cooperação, aspirando a resultados eficientes através de uma estrutura jurídico-penal conjunta e uma sempre abrangente proteção dos direitos e garantias individuais. Seus ordenamentos devem, invariavelmente, perseverar uma harmonização dos instrumentos de cooperação penal internacional, ainda que com Estados de culturas jurídicas distintas, buscando obter uma interação e conexão internacional que propicie a formação de um sistema cooperativo<sup>138</sup>. A aproximação dos ordenamentos jurídicos deve repelir, pois, o paradigma nacionalista como único e dominante, criando reações a determinadas tradições para implementar conexões, cada vez mais, consideráveis entre os órgãos e institutos de seus sistemas.

## **2.2 - A integração legislativa interna como pressuposto de legitimidade formal da harmonização das condutas puníveis internacionalmente**

Grande parte das exigências do Direito Internacional contemporâneo, as quais põem em sintonia tratados internacionais universais e regionais, são no sentido de obrigar os Estados a preservarem e defenderem os direitos fundamentais de todos os que se encontram sob as hostes de sua jurisdição, principalmente, diante de direitos considerados como inderrogáveis. Dentro dessa visão de respeito aos direitos fundamentais, revela-se, de forma latente, a conseqüente obrigação internacional de evitar a impunidade dos autores de crimes de gravidade e transcendência interestatal. Nesse aspecto, o entendimento

---

<sup>138</sup> Essa flexibilização e delimitação da soberania implica, como se verá mais à frente, em repensar a ideia de circulação e descentralização no reconhecimento e na execução de decisões judiciais estrangeiras como uma realidade positiva à efetividade da jurisdição. (SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes de, Anotações sobre o Anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 129, 2005, p. 136).

científico-doutrinário é praticamente sem controvérsias para firmar como clara violação ao Direito Internacional a situação de impunibilidade quando de atentados expressivos contra os direitos humanos<sup>139</sup>. O ponto de partida para se atingir a finalidade de efetiva repressão aos crimes internacionais e evitar sua conseqüente impunidade, obtendo, em um segundo plano temporal, a prevenção a tais violações, é a busca de uma adaptação, por parte dos Estados, de sua legislação interna às normas internacionais em matéria de Direitos Humanos<sup>140</sup>.

Essa necessidade de adaptação da legislação interna de cada Estado às diretrizes normativas soberanamente assimiladas e compromissadas no plano internacional constitui letra expressa da Convenção de Genebra de 1949<sup>141</sup>, que dispõe no sentido de que “as Altas Partes contratantes comprometem-se a tomar qualquer medida legislativa necessária para fixar as sanções penais adequadas a aplicar às pessoas que tenham praticado ou mandado praticar qualquer das infrações graves à presente Convenção”<sup>142</sup>. Em que pese os grandes avanços obtidos no âmbito da comunidade internacional, na segunda metade do século passado e na primeira década do presente, bastando, para tal constatação, considerar os diversos acordos e tratados, bilaterais e multilaterais, formalizados nesse período, o sistema de responsabilidade penal internacional ainda possui

---

<sup>139</sup> Partilhando dessa visão: AMBOS, K. *Impunidad y Derecho Penal Internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolívia, Perú, Chile y Argentina*, 1997; ARRIAZA ROTH. N. “*State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law*”, California L.R. 1990 (V. 78), p. 451-513; ARRIAZA ROTH. N. *Justice not impunity: Proceedings of the International Meeting Concerning Impunity for Perpetrators of Gross Human Rights Violations*, 1993; GOLDMAN, R. “*International Law & Amnesty Laws*”, H.R.I.R., Winter 1988, v. 12, p. 9-11.

<sup>140</sup> Assim, merece ser ressaltado o fato de vários países latino-americanos terem avançado no sentido de sua inserção em contextos supranacionais, reservando aos tratados internacionais de direitos humanos lugar especial no ordenamento jurídico, algumas vezes, concedendo-lhes valor normativo constitucional (MENDES, Gilmar. Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil. In: *Repositório de doutrina do STF*. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda\\_pt\\_br/anexo/menagem\\_a\\_Peter\\_Haberle\\_Pronunciamento\\_3\\_1.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/menagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento_3_1.pdf). Acesso em: 10 de jan. 2015, acessado às 5 h 00 m, p. 7).

<sup>141</sup> Art. 49 da Convenção de Genebra I - 21 de outubro de 1950, Convenção para Melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha.

<sup>142</sup> Esta mesma previsão normativa é repetida expressamente no art. 50 da Convenção II (Convenção de Genebra para melhorar a Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos Das Forças Armadas no Mar, de 12 de Agosto de 1949), no art. 129 da Convenção III (Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 12 de Agosto de 1949) e no art. 146 da Convenção IV (Convenção de Genebra Relativa à Protecção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra, de 12 de Agosto de 1949). Atente-se, aqui, entretanto, para a advertência de Caeiro no sentido de que “o direito internacional comum não impõe aos Estados deveres de incriminação de certos factos em suas ordens jurídicas internas” (CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado – O caso Português*. Wolters Kluwer Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 381).

“uma estrutura descentralizada e eminentemente inorgânica”<sup>143</sup>. Com a ressalva do atual Tribunal Penal Internacional, sobre cuja ineficiência ainda se falará na presente pesquisa, não há, propriamente, um ordenamento jurídico-penal internacional, eis que não existe, em uma previsão genérica e universal, norma penal que constitua o fato típico do ilícito internacional e sua conseqüente sanção penal, tampouco jurisdição universal competente para a persecução penal das condutas correspondentes.

A elaboração de normas penais aplicáveis diretamente a indivíduos, no domínio internacional, não é levado a efeito por um Poder Legislativo central<sup>144</sup> e universal, mas, pontualmente, através do consenso de determinados países, quando da confecção de determinados tratados, como é o caso, por exemplo, do Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional e tipifica, em seu texto, ilícitos internacionais como genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Inexiste, em conseqüência, um Poder Judiciário central e universal responsável por desenvolver as persecuções penais em desfavor daqueles que pratiquem os referidos ilícitos<sup>145</sup>.

As previsões normativas internacionais (tratados e convenções) dão suporte geral ao conteúdo legislativo de cada ordenamento interno, na medida em que definem genericamente os comportamentos considerados ilícitos e as determinações competenciais respectivas, cabendo a cada Estado, através de seu Poder Legislativo, integrar a conduta punível internacionalmente como fato típico também na ordem interna, indicar a sanção penal correspondente e, ainda, predispor os seus órgãos jurisdicionais a processarem o ajuizamento das demandas. As diversas convenções e tratados internacionais voltados à prevenção e repressão dos mais diversos tipos de criminalidade devem ter sua força operada, não através de um organismo internacional autônomo e independente, mas através dos tribunais nacionais e da aplicabilidade de sua própria lei nacional, no que se convencionou denominar de “sistema de aplicação indireta”<sup>146</sup> ou “sistema de desdobramento funcional”<sup>147</sup>.

---

<sup>143</sup> FERRER LLORET, J. *La aplicación de la práctica reciente*. *Revista del I.I.D.H.* 1998, v. 27, p.23.

<sup>144</sup> O Poder Legislativo, na ausência de um parlamento mundial, é marginalizado, no plano internacional, por um processo intergovernamental, negociado e normativo.

<sup>145</sup> A dinâmica das “Justiças Penais Internacionais” contemporâneas e a distribuição de poderes entre vários tribunais penais é extremamente complexa: a jurisdição dos tribunais penais pode ser limitada no tempo e no espaço (Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*) ou determinada de forma geral e permanente (Tribunal Penal Internacional), enquanto aquela das cortes mistas pode ser negociada no âmbito das Nações Unidas (Serra Leoa, Kosovo, Timor Leste, Camboja, Líbano) ou imposta pelo vencedor (Irque).

<sup>146</sup> “*Indirect enforcement system*”, segundo o Departamento das Nações Unidas contra as Drogas e a Criminalidade - UNODC - *United Nations Office on Drugs and Crime- (International cooperation in*

Nessa dinâmica, varia, entretanto, o modo de assimilação dos mecanismos internos necessários para a prevenção nacional das infrações internacionais, o que quer dizer que cada Estado adota, de forma diferenciada, determinada técnica de incorporação das infrações internacionais aos seus ordenamentos internos<sup>148</sup>. O sistema tradicional de persecução das infrações internacionais requer dos Estados, portanto, a concretização de várias providências legislativas internas, destacando-se, precipuamente, na visão da autora, as seguintes: 1) a inclusão de infrações internacionais nos ordenamentos dos Estados; 2) o estabelecimento de sanção penal correspondente; 3) por fim, o reconhecimento de competência dos tribunais nacionais para conhecer o julgamento de tais infrações. Ainda segundo a referida autora, um sistema de repressão verdadeiramente eficaz requer, para constituir-se validamente, a definição da tipificação interna e o estabelecimento da norma competencial que conceda ao Estado a jurisdição necessária para o ajuizamento e perseguição dos autores dos referidos fatos típicos<sup>149</sup>.

No que tange a essa última premissa, a norma de competência que garantir a jurisdição de um determinado tribunal deve fazê-lo a ponto de assegurar não só o ajuizamento das ações, mas também a completa e plena execução de seus julgados, sob pena de, nas palavras de Reinhard Gaier, ao buscar proteção jurídica, dar “apenas uma tutela de tal modo limitada” que “sofrerá ele um sensível prejuízo na sua autoridade”.

---

*criminal matters: counter-terrorism, 3, Counter Terrorism Legal Training Curriculum*. Disponível em: [http://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Training\\_Curriculum\\_Module3/Module3\\_EN.pdf](http://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Training_Curriculum_Module3/Module3_EN.pdf). Acesso em: 12 mar. 2013, às 10 h. Tratando do aludido sistema: JUSTE RUIZ, J. *Crímenes internacionales y justicia universal, El nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos*. Colomer Viadel A. Coord. 1997, p. 42.

<sup>147</sup> Expressão utilizada em: DESOUS, G. “*Réflexions sur le régime juridique des crimes contre l’humanité*”. R.S.C.D.P.C., 1984, p. 659.

<sup>148</sup> Sobre o tema, no âmbito específico da Comunidade Europeia, ver: CAEIRO, Pedro. *Perspectivas de formação de um Direito Penal da União Europeia*. RPCC 6. 1996, p. 192 e ss.; CAEIRO, Pedro. *Direito Penal e Integração Europeia: uma introdução*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (polic), 2005, pp. 8 e segs.; RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*. Almeidina, 2008, p. 90-3. Arocena aponta três critérios de incorporação das infrações internacionais aos ordenamentos internos dos Estados: o primeiro é o “sistema de imputação global ou da remissão”, adotado, especialmente, nos países filiados ao regime da *Common Law*. Segundo o referido sistema, atesta Arocena, as normas de adaptação incluem uma “cláusula geral de referência” às disposições do convênio ou tratado específico, fixando uma série de sanções penais a serem impostas para o caso da prática das condutas correspondentes. Um segundo critério diz respeito ao “sistema de imputação específica ou da retipificação”, consistente na transcrição literal das disposições contidas nos convênios e tratados, incluindo-as no ordenamento interno, através de uma lista de condutas puníveis. O último dos critérios refere-se ao “sistema misto de imputação”, que consiste, como o próprio termo deixa entrever, em uma combinação das técnicas de “imputação global” e de “imputação específica” (BOLLO AROCENA, M. D. *Derecho internacional penal, estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para la represión*. Bilbao, Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibertsitatea, 2004, p. 321).

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 321

Ainda segundo o autor, “um tribunal assim impotente e sem força mostra-se ao jurisdicionado como um torso inútil, incapaz de permitir que o Direito prevaleça. Na melhor das hipóteses, produz a ilusão de uma fachada de Estado de Direito; e nem os cidadãos, tampouco os órgãos estatais, levam a sério uma Justiça que não possa fazer valer suas decisões”<sup>150</sup>.

Para garantir aos juízes e tribunais a plena execução de seus julgados, não basta revesti-los de mecanismos internos de atuação jurisdicional, sendo preciso, diante da crescente criminalidade internacional ocorrente no século atual, que um tribunal nacional possa contar com a ajuda de outros tribunais de Estados estrangeiros, que soberanamente aceitem interligações processuais com os demais Estados, exatamente através da cooperação judicial internacional em matéria penal. Esses mecanismos de ajuda mútua processual - necessários a um sério implemento da cooperação penal internacional - concretizam-se nos pedidos de extradição, cartas rogatórias vindas do estrangeiro, citações e notificações de documentos judiciais, realizações de diligências e obtenção de provas no território de um Estado estrangeiro, transferência de condenados para cumprir a condenação em outro Estado, transmissão de procedimentos penais pré-processuais, valorização interna das sentenças penais proferidas no estrangeiro, intercâmbio de registros de antecedentes criminais, execução de institutos penais, como a suspensão condicional do processo, o livramento condicional e condições de penas alternativas, em país distinto do da condenação, homogeneização dos procedimentos de apoio às últimas, entre outros<sup>151</sup>.

Nesse sentido, mesmo que o Poder Legislativo crie o cenário legal apto à atuação interna do Poder Judiciário, no que tange aos crimes internacionais, o sucesso das ações ajuizadas através deste último dependerá da adaptação da legislação interna à

---

<sup>150</sup> No original: “...nur solchermaßen eingeschränkte Hilfe leisten, so nimmt seine Autorität empfindlichen Schaden. Ein derart Kraft- und machtloses Gericht erscheint den Bürgern als ein meist nutzloser Torso, unfähig dem Recht zum Sieg zu verhelfen. Es schafft bestenfalls die Illusion, eine Fassade von Rechtsstaatlichkeit; weder die Bürger noch die Staatsorgane werden eine Justiz ohne Durchsetzungskraft ernst nehmen” (GAIER, Reinhard. *A Execução das Decisões na Jurisdição Constitucional*. Trad. Márcio Mafra Leal, no original: *Die Vollstreckung Verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, CJF Brasília: CJF, 2010, p. 81 (tradução) e 192 (original)).

<sup>151</sup> Pode-se citar, na verdade, toda e qualquer medida ordenada pelo Estado requerido em seu território, úteis ao progresso do processo penal aberto no Estado requerente, ou ligadas à recuperação do produto da infração. Como outros exemplos concretos, pode-se identificar: a notificação de documentos oficiais, a perquirição de meios de prova - em particular, a busca, a revista e a apreensão-, a análise pericial, a oitiva e a acareação de pessoas, a remessa de cadernos, de investigações, de peças de convencimento ou de documentos e a remessa de objetos ou de valores (haja vista o confisco com o fim de restituí-los ao legítimo proprietário).

legislação internacional penal<sup>152</sup> e, além disso, que os outros países envolvidos também tenham procedido a esta mesma adaptação, sob pena das disposições das legislações internas não perpassarem os limites de suas fronteiras, frustrando a perspectiva de repressão dos crimes transterritoriais. Mas ainda restam dificuldades outras para a adaptação homogênea das normas penais internacionais nos diversos ordenamentos estatais. Ainda segundo Arocena<sup>153</sup>, subsistem dois fatores capazes de influenciar na atuação dos Estados na busca da homogeneização de seus ordenamentos internos para a persecução dos crimes internacionais: de um lado, o modo de incorporação do Direito Internacional, tanto convencional quanto consuetudinário, aos sistemas jurídicos internos de cada Estado (dualismo ou monismo internacional) e, principalmente, a família jurídica a que tradicionalmente pertence o Estado que pretende realizar referido intuito (*Common Law* ou *Civil Law*).

As teorias monistas e dualistas, apesar de incessantemente criticadas<sup>154</sup>, ainda fornecem argumentos para estudo das ordens jurídicas internas e internacional, quer para considerá-las como diferenciadas, quer para apontá-las como pertencentes a uma mesma fonte do Direito. O Direito Internacional, em seu atual estágio de evolução globalizante, tem buscado, cada vez mais, novas formas de integração do sistema internacional e novas formas de compatibilidade entre os diversos sujeitos internacionais<sup>155</sup>. O processo de integração, entretanto, não gera, necessariamente, a

---

<sup>152</sup> Assim, a assimilação dos tipos internacionais nos direitos penais nacionais do maior número possível de Estados é imprescindível para que “se imprimam na consciência da opinião pública mundial como direito vigente e para que se tornem também, através da justiça nacional e segundo o direito nacional, direito aplicável” (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Nuove prospettive Del diritto penale comparato, europeo e internazionale: quale politica criminale per il XXI secolo?*, in *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per Il XXI secolo*, Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per Il 92. compleanno, (Org.). Luigi Foffani. Milano: Giuffrè, 2006, p. 20).

<sup>153</sup> BOLLO AROCENA, M. D. *Derecho internacional penal, studio de los crímenes internacionales y de las técnicas para la represió*. Bilbao, Universidad del País Vasco, 2004, p. 331.

<sup>154</sup> Quanto a este tema, ver: CASSESE, Antonio. *Modern Constitutions and International Law*. In: *RDC*, 1985, v. III, t. 192, p. 333 e segs.; ANZILOTTI, Dionisio. *Il Diritto Internazionale nel Giudizi Interni*. In: *Schitti di Diritto Internazionale*. V.I, 1956, p. 291 e segs.; TRIEPEL, Henrich. *Les Rapports entre les Droit Interne et le Droit International*. In: *RDC*, 1923, T. I, p. 77.

<sup>155</sup> Acerca do processo de integração nas diversas áreas, ver a seguinte opinião: “há séculos que se persegue o processo de integração do planeta. O progresso dos instrumentos técnicos, das relações econômicas e comerciais, o desenvolvimento dos meios de informação e comunicação aproximam os homens e os povos. Deste modo, as diversas partes da terra ficaram unidas por uma infinidade de laços visíveis e invisíveis. Não obstante as oposições políticas e as consequentes dificuldades, o planeta continua a se integrar espiritual e culturalmente, política e humanamente, econômica e materialmente. Bem entendido, tal processo se realiza antes de tudo no quadro de unidades políticas, isto é, de Estados. Todavia, a integração do planeta vai muito além, como uma grande unidade que engloba uma pluralidade de componentes que procuram a síntese além da sua diversidade” (CONSTANTINESCO, Leontin Jean. *Tratado de Direito Comparado*. Trad. de Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro, 1998, p. 50).

harmonização das ordens interna e internacional, ocorrendo, muitas vezes – e paradoxalmente - instabilidade de interesses entre as duas ordens. Nos casos em que presente está a dicotomia entre os dois sistemas, o monismo e o dualismo são pontos de partida doutrinários para a resolução da relação entre o direito internacional e o direito interno. Não havendo regramento que indique, claramente, o modo de convivência entre o Direito Internacional atual e o Direito Penal Interno de cada país<sup>156</sup>, é a norma constitucional nacional que vai dizer<sup>157</sup>, aceitando uma das duas vertentes – e aceitando de modo relativo ou absoluto - se o tratado internacional será diretamente aplicável ou não nas cortes internas.

Muito embora o propósito do presente tópico seja externar a necessidade de integração legislativa interna das condutas puníveis internacionalmente, não cabendo, portanto, esmiuçar as especificidades das vertentes monistas e dualistas, cumpre tecer apenas alguns apontamentos quanto a estas. O dualismo concebe a existência de duas ordens jurídicas distintas e autônomas (externa/internacional e interna/nacional), de modo que uma norma internacional, conseqüentemente, deve incorporar-se ao ordenamento jurídico de um país, tornando-se, a partir daí, também lei nacional e, por isso, passando a

---

<sup>156</sup> Assim é que, segundo Ramos, “possuímos ainda um cenário no qual não há claramente um *primus inter pares* e os desejos de supremacia de todas as ordens jurídicas envolvidas não são abandonados. Pelo contrário, ambas as ordens possuem vocação para a primazia. De um lado, o pilar dos ordenamentos dos Estados de Direito é o princípio da supremacia da Constituição. Por sua vez, o Direito Internacional adota a supremacia internacionalista: não admite que suas normas sejam descumpridas sob a escusa de óbices internos, como se vê da leitura do art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969)” (RAMOS, André de Carvalho. *Pluralidade de Ordens Jurídicas*, A relação do Direito Brasileiro com o Direito Internacional. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 15-17).

<sup>157</sup> Faria Costa, com precisão, assim arremata: “o direito constitucional (ordem jurídico-constitucional material) constitui o referente normativo inarredável para a compreensão e delimitação de um qualquer outro direito”, sendo, portanto, a Constituição, “um quadro referencial obrigatório da atividade punitiva”, e os bens jurídicos nela previstos, portanto, são, “muito especialmente quando atraídos pela nota da fundamentalidade, a realidade prático-normativa que estabelece as pontes de vinculação entre a Constituição e o Direito Penal” (COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 189 - 222). Ainda segundo o ensinamento do referido autor, em outra obra, referido postulado também deve dizer respeito ao “modo de relacionamento entre a ordem jurídico-constitucional material e o ordenamento jurídico processual-penal” (COSTA, José de Faria. Um Olhar Cruzado entre a Constituição e o Processo Penal. *In: A Justiça dos Dois Lados do Atlântico*. FLAD, Nov. 1997, p. 187). Costa Andrade, por sua vez, aponta “a particular densidade de normas inscritas na Constituição da República Portuguesa de alcance diretamente jurídico-penal”, revelando que “nenhum outro ramo de direito ordinário” tem na constituição uma “presença tão forte” (ANDRADE, Manuel da Costa. Constituição e Direito Penal. *In: A Justiça dos Dois Lados do Atlântico — Teoria e Prática do Processo Criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Nov. 1997, p. 198). Da relação entre processo penal e constituição, mais uma vez, Faria Costa denota que há, “indesmentivelmente, certa comunhão de objetivos, nomeadamente quando se trata da protecção de direitos fundamentais do cidadão perante o Estado, preocupação essa essencial para ambos” (COSTA, José de Faria. Op. Cit., 1997, p. 187).

ter plena vigência<sup>158</sup>. A concepção monista, considera, por sua vez, a existência de apenas uma ordem jurídica, que, unitariamente, abrange as ordens interna/nacional e externa/internacional. O monismo pode posicionar-se pela primazia do direito interno ou pela preponderância do direito internacional: o monismo com primazia do direito interno tem as suas raízes no hegelianismo, enxergando o Estado como ente soberano absoluto e incontestável, por não estar sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade<sup>159</sup>.

Em contraponto, o monismo com primazia do Direito Internacional foi desenvolvido principalmente pela escola de Viena (Kelsen, Verdross, Kunz e demais). Kelsen, ao formular a teoria pura do direito, enunciou a célebre pirâmide de normas, pontificando que uma norma tem a sua origem e obtém a sua obrigatoriedade da que lhe é imediatamente superior. No vértice da pirâmide, estava a norma fundamental, a norma base (*Grundnorm*), que era uma hipótese, e cada jurista podia escolher qual seria ela. Por isso, a concepção kelseniana foi denominada na sua primeira fase de teoria da livre escolha<sup>160</sup>. Mais tarde, por influência de Verdross, Kelsen sai do seu "indiferentismo" e

---

<sup>158</sup> Segundo Albuquerque, essa autonomia de ordens jurídicas, para o dualismo, decorre de três diferenças existentes entre as duas ordens jurídicas: 1) uma relacionada às relações sociais, já que na ordem internacional o Estado é o único sujeito de direito enquanto na ordem interna aparece o homem também como sujeito de direito; 2) outras relativas às fontes jurídicas, eis que o Direito Interno é o resultado da vontade de um Estado, enquanto o Direito Internacional tem, como fonte, a vontade coletiva dos Estados, que se manifesta expressamente nos tratados e convenções e tacitamente no costume internacional (MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12 Ed. Rio de Janeiro : Renovar, V. I, 2000, p. 109-110).

<sup>159</sup> Assim sendo, o próprio fundamento do Direito Internacional é a autolimitação do Estado, tirando a sua obrigatoriedade do Direito Interno. Nesse sentido, ainda segundo o mesmo autor, o Direito Internacional é reduzido a um simples direito estatal externo, não existindo duas ordens jurídicas autônomas que mantenham relações entre si, mas sim um direito internacional como um direito interno que os Estados aplicam na sua vida internacional. Essa concepção foi seguida pelos juristas nazistas e mais recentemente, adotada por Georges Burdeau, que considera o DIP "um direito nacional para uso externo" (MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12 Ed. Rio de Janeiro : Renovar, V. I, 2000, p. 111-12).

<sup>160</sup> Segundo Faria Costa, a passagem do tempo tem transportado algum desconforto para a construção teórica de visão kelseniana do ordenamento jurídico, ao jeito piramidal, segundo o qual cabe à Constituição o lugar de vértice, enquanto norma suprema e norma primária sobre a produção das outras normas (COSTA, José de Faria. *Direito penal especial (Contributo a uma sistematização dos problemas "especiais" da Parte Especial)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 31). Segundo Canotilho, a pirâmide jurídica já não possui "virtualidades suficientes para captar o relevo do direito internacional e do direito comunitário, não havendo um vértice como norma superior; no escalão superior situam-se vários ordenamentos superiores – ordenamento constitucional, ordenamento internacional e ordenamento comunitário – cuja articulação oferece inequívocas dificuldades" (CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 2. Coimbra: Almedina, 2003, p. 691).



passa a considerar a *Grudndnorm* como uma norma de Direito Internacional, a norma costumeira *pacta sunt servanda*<sup>161</sup>.

Segundo a tendência da maioria dos países europeus, que consagraram, no seu texto constitucional, o primado do Direito Internacional, o Estado não pode invocar as disposições de seu direito interno para se subtrair ao cumprimento do tratado que lhe vincula, sob pena de comprometer sua responsabilidade internacional, sendo o obstáculo interno à supremacia do Direito Internacional rejeitado por quase toda a doutrina. Dispensa-se, aqui, o aprofundar desse tema controverso, pois, no domínio da cooperação internacional em matéria penal, deve-se admitir que os tratados prevaleçam sobre o direito interno, e o seu conteúdo deve produzir uma influência, ainda que indireta, quando o juiz nacional fizer a análise e operacionalização do caso concreto<sup>162</sup>.

A adoção, por parte de todos os Estados, da norma internacional em detrimento da nacional, por não apresentar os entraves de cada legislação interna, acaba por favorecer o processo de cooperação penal internacional, reduzindo, em consequência, as dissemelhanças entre os sistemas jurídicos de tradições diferentes. Verdadeiramente, outra dicotomia que desfavorece a harmonização dos regramentos jurídicos dos diversos Estados para a busca da repressão da criminalidade internacional é, em um grau bastante acentuado de importância – tanto que se perfaz como o cerne da presente Tese –, a tradição jurídica adotada por cada Estado. É dizer: se a base de seu ordenamento jurídico advém da família jurídica da *Common Law* ou *Civil Law*.

Nos países de tradição jurídica civilista, a necessidade de harmonização advém do fato de que a repressão em desfavor de determinado autor por prática de conduta típica só pode realizar-se em um Estado que haja incorporado, em seu sistema jurídico interno, a infração correspondente e, do mesmo modo, haja disciplinado normativamente a sanção penal a ser imposta, já que, nesses países, o princípio da legalidade é inquebrantável nesse sentido. Em contraponto, nos países filiados à *Common Law*, bem

---

<sup>161</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Op. Cit.*, p. 111-12.

<sup>162</sup> A cooperação internacional é acordada conforme as disposições do tratado que a rege. O Estado requerente coopera em toda a medida prevista pelo tratado, uma vez que as condições por ele exigidas sejam preenchidas. A autoridade de execução não dispõe, nesse tocante, de nenhum poder discricionário e não decide em função da oportunidade. O direito interno se aplica em caso de ausência de tratado, bem assim quando ele não disponha, implícita ou explicitamente, sobre a questão, entretanto a existência de um tratado não priva o Estado da faculdade de acordar sua cooperação conforme as disposições eventualmente mais amplas de seu direito interno. Com efeito, os tratados são destinados a favorecer a cooperação internacional. Eles não se opõem a uma concessão mais generosa dela – com ou sem declaração de reciprocidade –, pois seria inconsequente que um Estado recusasse sua cooperação a Estados que lhe são ligados por um tratado, em situações em que ela concordaria em cooperar sob a base de seu direito interno.

menores são as amarras formais do princípio da legalidade, podendo, em tese, haver a assimilação de um tipo ilícito, sem a respectiva sanção, previsto em um tratado internacional, sem a necessidade técnica de incorporação, algo impensável nos países de tradição romanística, já que, nestes países, a tipificação genérica da conduta ilícita sem a consequente norma penal torna a previsão convencional, à luz do princípio da legalidade e também da decorrente proibição de analogia no direito penal, formalmente sem vigência interna.

Entretanto, apesar das incontáveis premissas que acabam de ser expostas no parágrafo imediatamente anterior – e para que se firme como presente a extrema dificuldade do tema central desta Tese: harmonização entre *Common Law* e *Civil Law* -, sirvo-me de dois exemplos lembrados por Arocena que tornam descontraídos tais direcionamentos teóricos<sup>163</sup>. O Tribunal do Estado de Renânia do Noirte-Vestefália, em Dusseldorf, na Alemanha, em julgamento realizado no dia 26 de setembro de 1997, enquadrando a conduta praticada pelo sérvio Nicola Jorgic, diante da ausência de disposições específicas no ordenamento alemão, no crime de genocídio, em conformidade com a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 09 de dezembro de 1948, incorporada ao ordenamento jurídico alemão em 1954. Entretanto, quando da imposição da sanção penal, o Tribunal, entrelaçando as disposições internacionais e nacionais, referiu-se às disposições previstas nos artigos 211, 223 e 239 do Código Penal Alemão, que constituem os crimes de assassinato, lesões corporais e sequestro de pessoas, respectivamente. Analisando o mesmo caso, a Suprema Corte Alemã entendeu que, mesmo diante da ausência de regra expressa, no ordenamento alemão, que trate do crime de genocídio e de sua respectiva sanção, todos os tribunais alemães estariam autorizados a julgar os casos de genocídio<sup>164</sup>.

Assim, o que acima foi dito sobre o rigor e o formalismo na aplicação do princípio da legalidade, por parte dos tribunais dos países de origem romanística, não restou evidenciado nos julgamentos do Tribunal Regional e da Suprema Corte Alemã, acima referidos, eis que, nas hipóteses, as Cortes praticamente desdobraram a aplicação normativa a partir de duas fontes legais diferentes: Convenção de Genebra, através da

---

<sup>163</sup> BOLLO AROCENA, M.<sup>a</sup> Dolores. *Derecho internacional penal, estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para la represión*. Bilbao, Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibertsitatea, 2004, p. 332.

<sup>164</sup> Disponível em: <http://www.tlahui.com/politic/politi01/politi11/al11-1.htm>. Acesso em 6 de out. 2011, às 19 h.

subsunção da conduta fática ao tipo penal previsto na referida Convenção, e o Código Penal Alemão, mediante a imposição da sanção tomando como referência dispositivos penais similares.

Essa mesma incongruência prático-teórica parece ter se verificado quando do julgamento do pedido de extradição do ex-General Augusto Pinochet por parte da Inglaterra. A Câmara dos Lordes, em 24 de março de 1999, analisou, para o deferimento do pedido de extradição, o fiel cumprimento da condição de dupla criminalidade da conduta imputada ao mesmo. A Inglaterra, berço da *Common Law*, exigiu, com mais rigor do que, em qualquer outra situação, houvera mostrado qualquer outro país de tradição romanística, a necessidade de incorporação do tipo penal ao ordenamento interno britânico para poder conceder a extradição solicitada pelo Estado Espanhol<sup>165</sup>. A Câmara dos Lordes deixou explícito que o crime de tortura cometido fora do Reino Unido somente passou a ser considerado crime de acordo com o ordenamento britânico com a entrada em vigor da *Criminal Justice Act* de 1988, em pleno e técnico respeito ao dogma da legalidade<sup>166</sup>.

As especificidades e os detalhes jurídicos dos dois casos acima narrados mostram o desacerto prático-teórico existente nas balizas de julgamento, tanto nos países de tradição jurídica da *Common Law* quanto nos países da família da *Civil Law*, o que demonstra a gravidade do desafio ora proposto na presente Tese de doutoramento, que pretende desvendar, exatamente, o caminho para a harmonização dos dois sistemas para a cooperação penal internacional<sup>167</sup>. Mostram, ainda, em soma ao que foi dito inicialmente, a

---

<sup>165</sup> BOLLO AROCENA, M.<sup>a</sup> Dolores. *Derecho internacional penal, estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para la represión*. Bilbao, Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibertsitatea, 2004, p. 334.

<sup>166</sup> Percebe-se, nas palavras de RAMOS, o perfil verdadeiramente inusitado da decisão citada, quando o mesmo destaca, com ênfase, a tradição de pouca rigidez do princípio da legalidade no ordenamento britânico: “Daí a tradição, por exemplo, do direito penal inglês, de que não se exige uma lei penal para descrever o crime, pois que ele nasce da sociedade e cada membro do tecido social carrega, dentro de si, consciência do que é certo e do que é errado. O compromisso do Estado-Justiça é, sim, com a construção de um processo que dê oportunidades iguais a todos os participantes. Um processo que propicie uma dicção legal adequada, seja porque não corroída por paixões políticas, seja porque não viciadas por provas ilegítimas” (RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. Ed. RT., 2006, p. 47).

<sup>167</sup> Outra situação jurídica narrada por Faria Costa mostra a dificuldade de se identificarem as características próprias de cada sistema. Nesse sentido, a política americana da tolerância zero denota, paradoxalmente, que a violação da lei, em caso algum, vai admitir exceção, corporificando um rígido e estrito princípio da legalidade), o que significa ir de encontro a um dos mais frutuosos característicos pilares do próprio sistema anglo-saxão, que se baseia na ideia de oportunidade ou de discricionariedade. Assim, segundo nos reporta o autor, “se a toda e qualquer infração, por mais pequena que seja, vai corresponder uma pena, então, o mundo jurídico que suporta esse tipo de pensamento é matricialmente o da legalidade da prossecução e já não o da oportunidade... Por isso, a afirmação de tolerância zero é a negação de um princípio do sistema penal anglo-saxônico, porquanto é a própria rejeição do princípio da oportunidade”

necessidade de integração normativa interna das condutas puníveis internacionalmente como passo para a aproximação entre os sistemas. *Ipsa facto*, admitidas as sugestões que ulteriormente serão postas na presente pesquisa, no sentido de constituir elementos mínimos de determinados injustos internacionais e de se criar um instrumento uniforme de cooperação penal internacional entre os países, de nada valeria uma previsão internacional apenas formalmente assinada por todos os países, sem que se procedesse, na forma disposta nesse ponto, à integração interna das disposições internacionais correspondentes.

O modelo de cooperação penal entre Estados o qual ora se propõe tem, por premissa, a atuação dos sistemas penais nacionais - com a aplicação do Direito Penal clássico - e o conseqüente reconhecimento de exequibilidade das decisões advindas de outro sistema penal nacional<sup>168</sup> sob um regime de confiança recíproca e total preservação dos direitos e garantias processuais do visado, e não a formação de uma ordem jurídico-penal unitária baseada em um âmbito de aplicação espacial global, em uma espécie de territorialidade mundial. Busca-se, assim, não uma atuação unitária internacional com eficácia para o espaço penal mundial, mas um modelo descentralizado de atuação baseado na aplicação de normas harmonicamente previstas nas diferentes ordens jurídicas nacionais e reciprocamente aceitas e exequíveis através de um mecanismo comum de cooperação penal internacional. Imperioso fazer entender, pois, que se aponta o Estado nacional como ainda detentor da legitimidade para desencadear e conduzir todo o procedimento de luta contra a criminalidade, que tem a ver, segundo nos ensina, mais uma vez, Faria Costa, com o modo democraticamente fundamentado de realizar a prossecução da justiça penal<sup>169</sup>. Bem ao contrário do que normalmente se pode propor, o domínio fundamental e mais eficiente para o combate da própria criminalidade internacional passa, primordialmente, pela atuação dos Estados nacionais, desde que essa atuação seja reforçada pela necessidade de atuação fora de seu território e ao abrigo de mecanismos eficientes de cooperação,

---

(COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou o *plaidoyer* por um direito penal não securitário. In: COSTA, José de Faria. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – Visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 118-119).

<sup>168</sup> Segundo Sieber, esse reconhecimento de decisões nacionais territorialmente definidas em outras ordens jurídicas diferencia o modelo de cooperação de Direito Penal transnacional do seu modelo puro oposto, o modelo supranacional (SIEBER, Ulrich. O Futuro do Direito Penal europeu – Uma nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu, in “Que futuro para o direito processual penal?”, Coimbra Editora, 2009, p. 479).

<sup>169</sup> COSTA, José Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 9, n. 34, abr./jun. 2001. São Paulo: Ed. RT, p. 24.

fatores esses cuja permissibilidade maior ou menor depende do grau de legitimação dado ao princípio da jurisdição universal<sup>170</sup>.

A constituição de elementos normativos mínimos de determinados injustos penais internacionais, desvinculados de uma previsão interna em cada Estado, além de aproximar os diversos ordenamentos jurídicos nacionais, possibilita a interferência dos poderes soberanos em questões comuns aos diferentes Estados envolvidos, já que “o direito de punir já não depende mais da soberania estatal”<sup>171</sup>. A configuração dessa norma comum partiria da compatibilização de imperativos jurídicos formalmente diferentes extraídos de ordens soberanas distintas, com categorias normativas comuns, como que emanadas de um sistema jurídico único. A referida compatibilização não tem, por pressuposto, a anulação das previsões normativas nacionais, já que essas poderiam atuar em paralelo à vigência da norma comum internacional internamente incorporada, estabelecendo normas diferenciadas dessas previsões uniformes para os processos penais nacionais, evitando, assim, prejuízos ao desenvolvimento da harmonização<sup>172</sup>.

Nesse sentido, a harmonização normativa para o estabelecimento de categorias comuns materiais (tipos penais) e processuais (instrumentos de cooperação) pode dizer respeito tão somente aos crimes relacionados a processos de cooperação internacional, com a função específica atinente à cooperação em processos de transcendência internacional<sup>173</sup>. Diante desse regramento mínimo comum, instrumentalizado através de mecanismos comuns de cooperação penal internacional, todos os Estados estariam obrigados a proteger criminalmente, de maneira uniforme, diversos

---

<sup>170</sup> Deveras imperioso trazermos à colação memorável excerto esculpido por Caeiro, em debate voltado para a Comunidade Europeia, mas no sentido que se quer fazer operar no presente texto: “as instituições comunitárias encontram-se muito mais afastadas da realidade sócio-cultural de cada país do que as instituições do Estado respectivo (...) não podendo prevenir nem reprimir o fenômeno criminal, em geral, mais eficazmente do que faria um Estado-Membro” (CAEIRO, Pedro. *Perspectivas de Formação de um Direito Penal da União Europeia*. RPCC 6, 1996, p. 201).

<sup>171</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. Por um direito comum. Tradução de Maria Ermantina de Almeida, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 49. Muito embora, “o Direito Penal é o que, pela tradição e pela cultura, mais se enraíza no conceito de soberania” (CUNHA RODRIGUES, Direito Comunitário e transdisciplinaridade. O papel do Juiz Comunitário. In: RPCC, Ano 12, n°. 1, Jan./Mar. 2002, p. 36).

<sup>172</sup> Algo como a diferenciação que existe de acordo com as espécies de crimes na atribuição de funções de persecução penal do sistema criminal federal americano (EHRlich, Susan A., *The Increasing Federalization of Crime*, 32 Arizona State Law Journal, 2000, p. 825-842).

<sup>173</sup> Nessa linha de preocupação, a harmonização das normas materiais e processuais de intervenção penal internacional poderia funcionar, na visão de Sieber, como uma lei modelo para uma aproximação normativa geral nos estados nacionais, especialmente se as respectivas definições materiais e processuais estiverem reguladas de forma clara e legislativamente melhor que nos Estados-membros. (SIEBER, Ulrich, O Futuro do Direito Penal europeu – Uma nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu, in “Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias”, Coimbra Editora, 2009, p. 493, 494).

interesses comuns à comunidade internacional, apresentando não apenas a perspectiva de uma persecução criminal efetiva, como também a salvaguarda das garantias de liberdade, eis que essas teriam, por base, normas semelhantes para todos os ordenamentos jurídicos envolvidos, sem o enfraquecimento próprio das exigências e burocracias advindas dos procedimentos cooperativos envolvendo ordens jurídicas diversas<sup>174</sup>.

A intenção de se propor a harmonização legislativa das normas penais dos diversos países, com a conseqüente padronização dos instrumentos de cooperação penal internacional, serve, portanto, à seguinte lógica: uma vez harmonizadas as normas materiais de repressão a determinados crimes e as normas relacionadas à cooperação penal entre os países para a persecução dos referidos crimes, as regras, ao invés de previstas em *standards* internacionais, não passarão de normas nacionais já incorporadas ao ordenamento interno pelo processo de harmonização, de modo que, a partir daí, os tribunais nacionais, empreendendo os elementos de cooperação, nada mais farão do que aplicar, dentro de sua jurisdição, as previsões do seu próprio ordenamento interno<sup>175</sup>. Os Estados, assim, ao empreenderem, como intermediários, os diversos institutos de cooperação, utilizar-se-ão de seus próprios procedimentos legais e previsões normativas materiais penais – anteriormente ineficientes, já que aplicados de forma isolacionista, não cooperada e não harmônica<sup>176</sup> - para cumprirem suas obrigações de cooperação internacional impostas pelos tratados assinados.

---

<sup>174</sup> SIEBER, Ulrich, O Futuro do Direito Penal europeu – Uma nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu. In: “Que futuro para o direito processual penal? SIMPÓSIO em homenagem a Jorge Figueiredo Dias”, Coimbra Editora, 2009, p. 499.

<sup>175</sup> Contextualmente, endossamos, *verbum ad verbum*, o incentivo posto por Caeiro no sentido de que os Estados “intensifiquem a cooperação em matéria penal em diversos domínios, designadamente, no que diz respeito à criminalidade internacional (tráfico de estupefacientes, terrorismo, criminalidade econômica e outros), seja através da harmonização convencional das ordens jurídicas nacionais, seja através de uma mais intensa conjugação de esforços na perseguição dos infratores” (CAEIRO, Pedro. . *Perspectivas de Formação de um Direito Penal da União Europeia*. RPCC 6, 1996, p. 202).

<sup>176</sup> No plano específico do enfrentamento ao terrorismo, o Departamento das Nações Unidas contra as Drogas e a Criminalidade (UNODC – *United Nations Office on Drugs and Crime*), aduziu: “*since the ‘indirect enforcement system’ of the universal counterterrorism conventions and protocols operates through the intermediary of national legal systems, the effectiveness of international cooperation shows up the strengths and weaknesses of the different national legal systems*” (*International cooperation in criminal matters: counter-terrorism, 3, Counter Terrorism Legal training Curriculum*. Disponível em: [http://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Training\\_Curriculum\\_Module3/Module3\\_EN.pdf](http://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Training_Curriculum_Module3/Module3_EN.pdf). p. 04. Acesso em: 12 mar. 2013, às 10 h.

## CAPÍTULO 3

### RAZÕES DETERMINANTES DA NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO PENAL

#### 3.1 – A necessidade de harmonização normativa diante da insuficiência do sistema tradicional de persecução às infrações internacionais

O fenômeno da globalização traz, como fator negativo globalizante, a criminalidade transnacional<sup>177</sup>, que tem desvendado, ultimamente, a característica de não subsunção ao controle e ao poder jurídico do Estado-Nação<sup>178</sup>. Ao oferecer um novo espaço mundial advindo das zonas de livre comércio e circulação, intensificar a comunicação e interação entre países<sup>179</sup>, permeabilizar a economia das fronteiras nacionais e reduzir os controles respectivos<sup>180</sup>, a globalização<sup>181</sup> tornou mais evidente as já

---

<sup>177</sup> Como mencionado, a globalização da economia é fator fortemente influenciador do desenvolvimento e da expansão do crime transnacional. Em raciocínio alusivo à referida afirmação, Faria Costa, em outra obra, mas com mesma precisão e brilhantismo: “se todo comportamento, quer individual, quer coletivo, está inexoravelmente determinado pelo fenômeno da globalização, então, os comportamentos criminais, também eles não podem deixar de ser determinados por essa mesma realidade” (COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed RT, ano 9, n. 34, abr./jun. 2001, p. 19). Segundo Sieber, há três causas advindas do processo de globalização que são responsáveis pelo incremento da criminalidade transnacional: técnica, econômica e política. A evolução técnica decorrente da globalização possibilita o uso de redes de dados mundiais para a prática de delitos. As modificações econômicas advindas da globalização geram crescentes possibilidades de prática de crimes transnacionais nos recém-criados mercados mundiais. As alterações do cenário político mundial, também, geram um enfraquecimento das fronteiras dos Estados em sua função de barreira às transações transfronteiriças (SIEBER, Ulrich. O Futuro do Direito Penal europeu – Uma nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu. In: *Que futuro para o direito processual penal?* Simp. em Hom. a Figueiredo Dias. Coimbra Editora, 2009, p. 464).

<sup>178</sup> Falta de subsunção essa que advém do fato de que a criminalidade transnacional “tem cada vez menos um espaço, um território nacional, onde se desenvolva e perpetre” (COSTA, José Faria. Op. Cit., p. 19).

<sup>179</sup> Especialmente a partir da década de 1990, o processo de globalização é geralmente caracterizado pelo avanço da comunicação, interação e organização mundiais. Nesse sentido: SIEBER, Ulrich. Limites do direito penal – princípios e desafios do novo programa de pesquisa em direito penal no Instituto Max-Planck de direito penal estrangeiro e internacional. *Revista de direito da Fundação Getúlio Vargas*, v.4, n.1, São Paulo: jan./jun. 2008; BECK, Ulrich. Sociedade de risco - Rumo a uma outra modernidade, editora 34, 2010.

<sup>180</sup> Assim, crime nacional é, cada vez mais, determinado por fatores alheios a um território nacional (ROCHA, João Luís Moraes. *Crime Transnacional*, RPCC, ano 13, n. 1, Coimbra: Coimbra Editora, p. 980).

<sup>181</sup> A globalização representa, em um primeiro sentido, um fenômeno de raízes econômicas. (SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva, *La expansión del Derecho penal, Aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales*. Edisofer S.L. Libros Juridicos, Editorial de Montevideo-Buenos Aires, 2011, p. 89). A partir desta constatação, entretanto, deve-se ter em conta o desenvolvimento das comunicações e, também, a integração regional, como aspectos gerais da globalização decorrentes da globalização econômica. (PIETH, Mark, *Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität – Trad.: Harmonização internacional do direito penal como resposta à criminalidade econômica transnacional*-, in *ZStW - Zeitschrift fur die gesamte Strafrechtswissenschaft*. v. 109, 4, jan. 1,

insuficientes estruturas estatais internas face à criminalidade transfronteiriça, convocando os Estados a, cada vez mais, voltarem o funcionamento de seus mecanismos de persecução penal para a esfera internacional<sup>182</sup>. Uma das mais relevantes consequências do estreitamento das distâncias territoriais e da confluência intercultural advindos do processo de globalização foi a debilitação da prerrogativa soberana por parte do Estado-nação<sup>183</sup>.

O enfraquecimento soberano, conforme visto no ponto 2.1, resultou na exigência de planejamento coordenado e cooperativo entre os Estados, como meio apto a fazer decrescer a evolução da criminalidade transnacional e imunizar as ordens internas contra a ação danosa advinda delas. Muito embora os diversos ordenamentos jurídicos instituíam a regulação dos fatos típicos que desenham o perfil dessa criminalidade sem fronteiras, a falta de harmonização mínima das normas penais entre os diversos países cria, paradoxalmente, um espaço de desregulação dos mecanismos estatais de prevenção. Cada Estado se conforma em prever seus modelos penais que deem guarida jurídica aos eventuais ilícitos típicos ocorridos internacionalmente, praticados ou não nos limites de seu território, sem qualquer preocupação em ajustar os seus sistemas de prevenção e de repressão, no que concerne aos demais Estados.

A avidez e a prodigalidade da criminalidade organizada transnacional tornam inepta a atuação dos Estados Nacionais e frágeis suas estratégias estritamente internas de prevenção e de repressão dos crimes. Surgem, assim, necessidades comuns de apoio recíproco entre eles, já que a investigação e a persecução de crimes transnacionais requerem a coordenação de esforços envolvendo vários Estados. A atuação isolada de um determinado Estado o fez insuficiente e impossibilitado de concretizar alguns elementos processuais imprescindíveis à resolução dos casos<sup>184</sup>, como é o caso da obtenção de

---

1997, p. 755). Também em um sentido limitador do fenômeno da globalização, Faria Costa conclui que não pode ele, em caso algum, “ser panaceia analítica e compreensiva para tudo, ou quase tudo, o que se passa, neste momento, no mundo e, por conseguinte, também no universo do direito penal” (COSTA, José Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 9, n. 34, abr./jun. 2001. São Paulo: Ed. RT, p. 18).

<sup>182</sup> Desse modo, Sieber aponta que a harmonização é a resposta que a globalização impõe a vários níveis e a partir de interesses e agentes diversos, com respeito necessário pela diversidade cultural que as Nações comportam (SIEBER, Ulrich, *The Forces Behind the Harmonization of Criminal Law*, in: M. Delmas-Marty/ M. Pieth/ U. Sieber (eds), *Les chemins de l'harmonisation pénale*, 2008, 387).

<sup>183</sup> ZOLO, Danilo, *Globalização. Um Mapa do problema*, Florianópolis, Conceito Editorial, 2001, p. 81.

<sup>184</sup> Isso não quer dizer que inexistam ações isoladas e bem sucedidas de tribunais nacionais destinadas a investigar, perseguir e prender responsáveis por crimes internacionais. Há alguns exemplos de sistemas jurídicos internos que desenvolveram a persecução em desfavor de crimes internacionais baseados no princípio da jurisdição universal. Para uma análise casuística das previsões legais nacionais do princípio da



provas, localização de pessoas, oitiva de vítima, testemunha e acusado, identificação de suspeitos, preservação e utilização de documentos, entre outros.

A verdade é que, ainda como premissa contemporânea do princípio da territorialidade, nenhum Estado pode atuar, especialmente para fins de persecução penal, no território de outro, sem sua autorização soberana. Nenhum Estado poderia, sem afronta à soberania de terceiro, realizar esses tipos de diligências à revelia do outro Estado em cujas fronteiras houver sido praticada a infração penal em investigação, daí a evidente necessidade de suporte e cooperação por parte deste último para o êxito processual. Não resta dúvida de que, frente à manifestação da internacionalização da criminalidade, exige-se, prontamente, uma atitude estatal institucionalizada e coordenada revestida de alcance internacional e que se baseie na conexão de mecanismos de cooperação penal internacional que assegurem sua eficiência<sup>185</sup>. A necessidade que têm os Estados de cooperar internacionalmente para alcançar e validar atos para além de sua jurisdição advém, portanto, naturalmente, da própria inabilidade e incapacidade de seus governos de, por si sós, enfrentarem esse tipo de criminalidade<sup>186</sup>. A insistência de um determinado Estado em agir isoladamente em face de uma criminalidade que, na verdade, é afeta a vários países, leva-o a se diminuir.

O interesse internacional dos Estados em participar coordenadamente da prevenção e da repressão à criminalidade global transpassa, assim, a mera individualidade estatal e suas reminiscências particulares, atingindo e afetando um patamar de interesse supranacional. A função primordial do processo de harmonização e de cooperação visa a

---

jurisdição universal e sua correspondente jurisprudência, ver: REYDAMS, Luc, *Universal Jurisdiction: International and Municipal legal perspectives*, 2003, p. 81-219. Consultar, também: GUILAUME, Gilbert, *La compétence universelle, formes anciennes et nouvelles*, In: *Melanges Offerts à Georges Levasseur Droit Pénal, Droit Européen*, 1992, p. 23 e seguintes; BENAVIDES, Luis. *The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope*. 1 Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 2001, p. 19.

<sup>185</sup> Vários Estados têm adotado leis especiais de cooperação penal internacional. Segundo o Relatório da *International Law Association* sobre o Tribunal Penal Internacional, são eles: Áustria, Bélgica, Finlândia, Alemanha, África do Sul, Suécia, Suíça Reino Unido, Grécia e Coréia do Sul. Ainda segundo o mesmo Relatório, os países que possuem leis especiais de cooperação, especificamente, com o Tribunal Penal Internacional são os que seguem: Argentina, Austrália, República Democrática do Congo, Equador, França, Quênia, Liechtenstein, Malta, Holanda, Nova Zelândia, Noruega e Espanha. (SLUITER, Goran. *Second Report of International Law Association, Toronto Conference, International Criminal Court*, 2006, p. 7. Disponível em: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1011>. Acesso em: 20 dez. 2014).

<sup>186</sup> Nesse sentido: *This function might have led to international jurisdiction over all crimes national governments were unable or unwilling to prosecute, ranging from genocide to theft. The international system would have intervened, regardless of the nature of the crime, whenever domestic courts failed to act* (BIBAS, Stephanos; BURKE-WHITE, William W. *International Idealism Meets Domestic Criminal Procedure Realism*, *Duke Law Journal*, v. 59, n. 4, jan. 2010, p.646).

responder, inicialmente, a essa deficiência e falha<sup>187</sup> por parte dos mecanismos de repressão internos dos Estados, devendo a ação internacionalmente coordenada - através de instrumentos formais de cooperação jurídica - ser levada a efeito, exatamente quando houver inação por parte do ordenamento jurídico interno. Essa disfunção institucional por parte do sistema interno pode partir de todos ou apenas de um dos países envolvidos, sendo a inatividade de apenas um deles suficiente para tornar descoordenada e ineficaz a persecução de crimes que envolvam a jurisdição de mais de um país.

Tradicionalmente, o processamento de crimes internacionais possui duas dinâmicas diferenciadas: uma, feita através dos tribunais internacionais, e outra, operada pelos próprios tribunais nacionais, advindo, daí, a utilização da distinção entre cumprimento direto e cumprimento indireto da lei<sup>188</sup>. O modelo de cumprimento direto atribui a responsabilidade de impor o Direito Penal Internacional a instituições internacionais que podem ser criadas por acordo internacional - a exemplo do Tribunal Penal Internacional - ou por Resolução do Conselho de Segurança (casos do Tribunal Penal Internacional da Antiga Iugoslávia e do Tribunal Penal Internacional para Ruanda<sup>189</sup>). Em linha oposta, o modelo de cumprimento indireto atribui ao Estado nacional o processamento e a punição dos delitos internacionais, seja através da aplicação do Direito Penal Internacional, em si, seja - como mais usualmente - pela aplicação do seu próprio Direito doméstico. Nesta última hipótese, a persecução processual nacional pode ser

---

<sup>187</sup> KRASNER, Stephen D.; PASCUAL, Carlos, *Addressing State Failure*, FOREIGN AFF. jul./aug. 2005, p. 153.

<sup>188</sup> Ultimamente, a clássica dicotomia dos mecanismos de cumprimento direto e indireto foi alterada por um novo modelo de cumprimento, que é o processamento de *crimes nacionais* por tribunais que estão vinculados a um sistema de justiça nacional ou com eles interconectados, mas que, a um só tempo, estão - de várias formas e para vários fins - *internacionalizados*. Exemplos desses tribunais *híbridos* são o Tribunal Especial de Serra Leoa, os Painéis Especiais de Timor Leste, as Câmaras Extraordinárias no Tribunal de Camboja, as Câmaras de Crimes de Guerra na Bósnia-Herzegovina e o Tribunal Especial do Líbano. O caráter internacional desses tribunais está geralmente interligado à Organização das Nações Unidas, tendo suporte a partir da base legal desta organização e de sua seleção de juízes e promotores ou da lei que eles aplicam. Tipicamente, esses tribunais foram estabelecidos *ad hoc* com referência a um conflito específico, são providos de uma jurisdição limitada correspondente e normalmente são sediados no Estado autorizado a conduzir o processo. A recente propagação de tais tribunais mistos pode ser explicada pelo fato de que o Estado territorial não poderia ser capaz de punir crimes por si só, ao passo que o estabelecimento de tribunais internacionais moldados pelo Tribunal Penal Internacional da Antiga Iugoslávia e pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda não é considerado uma alternativa apropriada por razões de custo e de capacidade (JESSBERGER, Florian. *International v. Nacional Prosecution of International Crimes, The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Ed. A. Cassese, New York : Oxford University Press, 2009, p. 210-211).

<sup>189</sup> Diferentemente do primeiro, criado para fazer atuar sua jurisdição de forma permanente, esses dois últimos foram estabelecidos *ad hoc*, referentemente a conflitos específicos e com designação para desenvolver uma tarefa correspondentemente limitada.

baseada no Direito Penal comum ou em legislação nacional específica, adaptando a ordem legal doméstica às regras do Direito Penal Internacional<sup>190</sup>.

Tanto os mecanismos de obrigação direta, quanto os de obrigação indireta, não têm sido implementados eficientemente contra a criminalidade transnacional contemporânea. Deveras, a imposição de penas por cometimento de crimes internacionais, tanto por parte das jurisdições nacionais quanto internacionais, pouco se tem efetivado, em virtude de haver gravíssimas falhas na aplicação harmonizada e nos mecanismos de cooperação do direito penal internacional. Atualmente, os mecanismos de cooperação judicial entre países tem se resumido, praticamente, ao processamento de pedidos de extradição e, quando ocorre, a alguns cumprimentos de cartas rogatórias, torna a dinâmica de proteção dos direitos humanos extremamente insipiente, posto que, sem a ajuda externa, determinados procedimentos persecutórios realizados em alguns países restam incompletos e, em consequência, insolúveis.

Nesse sentido, uma das constatações a que chegou o Relatório do Colóquio Preparatório de Helsinque, na Finlândia, realizado em 1992, o qual tratou da Regionalização da Lei Penal Internacional e da Proteção dos Direitos Humanos nos Procedimentos de Cooperação Penal Internacional, foi no sentido de que “a maioria dos Estados não tem muita experiência com as muitas outras formas de cooperação internacional e a maioria dos casos reportados dizia respeito ao contexto do instituto da extradição”<sup>191</sup>. O cenário monoclar de cooperação, apresentado no citado relatório, torna, ainda mais, preocupante a questão da salvaguarda dos direitos humanos, já que a visão protecionista é igualmente relevante no contexto de outras formas de cooperação, a exemplo da confecção dos meios de prova, extensão e limites do confisco de bens, transferência de presos e apresto da jurisdição extraterritorial<sup>192</sup>. A realidade, pois, mostra

---

<sup>190</sup> Nesses casos, os Estados processantes devem exercer jurisdição de acordo com os princípios da territorialidade e da nacionalidade, podendo, entretanto, legitimamente reivindicar a jurisdição universal, a qual lhe permite processar crimes cometidos fora de seus territórios por estrangeiros e contra eles.

<sup>191</sup> O relator da referida conclusão foi o Prof. Julian J. E. SHUTTE, da Universidade de Amsterdã, Holanda, que, no texto original, assim pontificou: “...not all States have as yet much experience with many of the other forms of international co-operation and most of the cases to be reported have played in the context of the extradition” (SHUTTE, Julian J. E. *International Review of Penal Law, The Regionalization of International Criminal Law and Protection of Human Rights in International Cooperation in Criminal Proceedings, Preparatory Colloquium, Section IV*, Helsinki, Finlândia, 2-6 set. 1992, *Association Internationale de Droit Penale*, 65º anée – nouvelle série, 1º e 2º trimestres de 1994, Érés, p. 105).

<sup>192</sup> Nesse sentido, a conclusão do relatório, também da lavra do Prof. SHUTTE: “...it is regrettable, since the question of protection of human rights seems to be equally important in the context of other forms of co-operation, such as the collection of evidence, the seizure and confiscation of property, the transfer of detained persons and the exercise of extraterritorial jurisdiction” (SHUTTE, Julian J. E., *International*

um Direito – sem sua capacidade de se fazer cumprir e de requerer o cumprimento – de nenhuma validade<sup>193</sup>. Como se verá no Tópico 4, a prática dos tribunais internacionais tem provado seu muito reduzido alcance para o atingimento de uma Justiça Penal Internacional verdadeiramente eficiente.

A problemática da insuficiência também do cumprimento indireto do Direito Penal Internacional, para além do mau funcionamento de alguns sistemas jurídicos internos, envolve, ainda, dificuldades outras. A obrigação assumida pelos Estados após a assimilação de alguns tratados internacionais parece estar satisfeita com a previsão interna e monoclar de tentar resolver, por si só, os delitos internacionais que estejam ao alcance de seu poder punitivo, sem nenhum tipo de suporte ou integração com os demais Estados.

Uma das razões principais dessa falta de intervenção conjunta dos Estados em face da criminalidade transfronteiriça vem da constatação de que esse campo exige providências tanto no campo político (legislativo) quanto jurisdicional.

Além da constatação da deficiência e da falta de critério da intervenção penal dos Estados, a criminalidade transfronteiriça caracteriza-se, muitas vezes, por não apresentar um perfil de delinquência próprio ou de fácil delimitação. Conforme assevera Faria Costa, a criminalidade que se elevou a um estágio global, na maioria das vezes, não aparece na limpidez de um só segmento ilícito, mas, pelo contrário, surge amalgamado, de modo que, segundo diz, a criminalidade econômica mistura-se com atuações de tráfico de droga e de armas, prostituição, entre outros, não se sabendo qual a atividade que deva ser considerada preponderante<sup>194</sup>. O autor ainda assevera que o que se nota é que, no contexto dessa criminalidade, “um desmesuradamente grande fluxo ilícito de capitais não pode subsistir se não tiver na retaguarda apoio no próprio sistema bancário”<sup>195</sup>. Some-se a essa dificuldade, ainda, a fuga de determinados autores de crimes transnacionais mediante as vestes de um setor social legítimo, através da disseminação, em paralelo, de atividades

---

*Review of Penal Law, The Regionalization of International Criminal Law and Protection of Human Rights in International Cooperation in Criminal Proceedings, Preparatory Colloquium, Section IV, Helsinki, Finlândia, 2-6 set. 1992, Association Internationale de Droit Penale, 65º anée – nouvelle série, 1º e 2º trimestres de 1994, Érès, p. 105)*

<sup>193</sup> DERRIDA, Jacques. *Gesetzeskraft der mystische Grund der Autorita*. Frankfurt A. M., Suhrkamp, 1991. In: *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 141.

<sup>194</sup> COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo : Ed. RT, ano 9, n. 34, abr./jun. 2001, p. 17

<sup>195</sup> *Ibid.*

lícitas e ilícitas<sup>196</sup>. Essa propensão de intercâmbio criminoso entre práticas legais e ilegais disfarça, ainda mais, a identificação da criminalidade internacional, na medida em que limita a percepção da atividade criminosa<sup>197</sup>.

Para Franco, na criminalidade organizada, “tornam-se perceptíveis, no entanto, em qualquer delas, dados comuns representados por uma sofisticada estrutura organizacional, por uma finalidade geral de obtenção de lucros ilimitados, por uma grande dificuldade na determinação territorial e por uma capacidade de criar uma zona cinzenta entre o lícito e o ilícito”<sup>198</sup>. Em outras palavras: não há forma predefinida de atuação por parte dos sujeitos ativos, tampouco medida de identificação dessas práticas ilícitas e, como decorrência, dos seus responsáveis, quer nos ordenamentos nacionais (cada Estado, individualmente considerado), quer no plano internacional. Os efeitos expansivos da criminalidade interestatal não são seguidos pelos sistemas penais modernos, que não preveem tipos autônomos caracterizadores dessa espécie de criminalidade no plano repressivo, por não apresentar uma intervenção pós-delitiva adequada e eficiente.

A natureza transnacional dessa delinquência opera por meio das seguintes estratégias criminosas concorrentes: a) o desempenho no nível internacional permite o acesso a mercados lucrativos para mercadorias ilícitas de grande valor; b) a possibilidade de explorar vulnerabilidades no desenvolvimento da sociedade e de democracias emergentes; c) a possibilidade de canalizar o lucro líquido de crime através do sistema

---

<sup>196</sup> Nesse sentido: COSTA, José de Faria. *O branqueamento de Capitais – Algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal*. Direito Penal Económico e Europeu: textos Doutrinários. Coimbra: Editora Coimbra, 1999, p. 305; RODRIGUES, Anabela Miranda. *Globalização e Direito, Criminalidade Organizada – Que Política Criminal? Studia Iuridica 73*. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 197/198; BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de Capitais: O Sistema Comunitário de Prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 119; ANDRADE, Manuel da Costa. *A nova lei dos crimes contra a economia (dec.-Lei nº 28/84, de 20 de janeiro) à luz do conceito de “bem jurídico”*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 395.

<sup>197</sup> Segundo Costa, as organizações criminosas funcionam através de três grupos, com diferentes atividades dentro da conexão do crime: “o grupo central ou nuclear tem como finalidade principal levar a cabo o aprovisionamento, o transporte e a distribuição dos bens ilegais. Ligam-se, aqui claramente, a coação e a corrupção para expansão de poder e lucro. Um outro grupo tem como propósito servir de proteção institucional a toda rede ou teia. É a tentativa de chamar à organização, de forma sutil ou direta, a política, a justiça e a economia, as quais, através do estatuto dos seus representantes, permitem criar bolsas ou espaços onde a atuação política se torna possível. Finalmente, surge um terceiro grupo que tem como fim primeiro estabelecer a lavagem de todo o dinheiro ilegalmente conseguido. Operam-se, por conseguinte, ligações com instituições bancárias, com cassinos e ainda com outras sociedades legalmente constituídas. É o grupo que funciona como placa giratória entre o mundo criminoso e o normal e comum viver cotidiano.” (COSTA, José de Faria. *O fenômeno da globalização e o direito penal econômico*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT Ano 9, n. 34, abril-junho. 2001, p. 17).

<sup>198</sup> FRANCO, Alberto Silva. *Globalização e Criminalidade dos Poderosos*. In: PODVAL Roberto (Org). *Temas de Direito Penal Económico*. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 260.

financeiro global, em que a redução ou a eliminação de controles torna mais difícil de detectar, aproveitando as oportunidades oferecidas pelo mercado legal para se obterem maiores benefícios; d) a capacidade de operar a uma distância minimiza o *risco criminal*, porque a organização pode exercer a sua atividade em territórios em que a sanção penal é menor ou não é aplicada, ou, até mesmo, em territórios que dificultem ou prejudiquem a cooperação penal internacional<sup>199</sup>.

As regras processuais dos diversos ordenamentos nacionais, por mais que se tenha identificado a extrema gravidade da questão, são insipientes diante dos delitos dessa categoria, restando inutilizadas, dentro de cada sistema jurídico, eventuais previsões normativas materiais em face dos mesmos<sup>200</sup>. Especificamente, no âmbito comunitário, há um quase consenso no sentido de que os interesses da Comunidade Europeia são insuficientemente protegidos pelos Estados-Membros no nível criminal, sendo as causas as mais diversas: incriminações ausentes ou insuficientes, diferenças na jurisdição extraterritorial; diferenças no processo, especialmente, no campo competencial; divergências quanto às possibilidades de sancionar; lacunas em termos de implementação transnacional de sanções<sup>201</sup>.

Trazendo de volta, para esse contexto, o foco da necessidade de atuação internacional conjunta, por parte dos Estados, percebe-se que, nesse plano, a situação se deteriora ainda mais, eis que estamos diante, no plano internacional, de um verdadeiro fenômeno de anomia. A evolução da criminalidade sem fronteiras, facilitada pelo processo de globalização, cria espaços carentes de regulação efetiva, o que, em último plano, resulta na falta de respostas estatais uniformes. Inexiste, em cenário global, um planejamento conjunto quanto à estrutura dos mecanismos de cooperação penal internacional que propicie uma ação concorrente entre os Estados, no desenvolver da persecução

---

<sup>199</sup> CEPEDA, A.. *La seguridad como fundamento de la deriva Del derecho penal postmoderno*. Madrid : Lustel, 1º edição, 2007, p. 109-110.

<sup>200</sup> Assim, segundo observação de Anabela Rodrigues, “o fenômeno criminal tornou-se evidente que os sistemas penais, individualmente considerados, são inoperantes para responder ao desafio de o combater e que é inevitável libertar o direito penal das suas referências estaduais. O direito penal está em processo de desnacionalização ou desestadualização” (RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Globalização do Direito Penal Da Pirâmide à Rede ou entre a Unificação e a Harmonização, Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários*. V. 3, Coimbra Editora, 2009, p. 86).

<sup>201</sup> VERVAELE, John A. E. *La Unión Europea y su espacio judicial europeo: los desafíos del modelo Corpus Juris 2000 y de la Fiscalía Europea*. *Revista Penal* n. 15. Universidade de Huelva, La Ley S.A., 2002, p. 135. Sobre a evolução dos poderes penais da Comunidade Europeia: PERRON, Walter. *Perspectivas de la unificación del derecho penal y del derecho procesal penal en el marco de la Unión Europea*, em AA. VV. *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Ediciones del puerto, Bs. As., 2005, p. 733- 741.

internacional de crimes transfronteiriços. A operação das atuais regras de cooperação entre os países, quando existe, é imprecisa e diluída, eis que baseada na aplicação do preceito da reciprocidade, segundo o qual os Estados poderão cooperar com os outros, sem prévio tratado ou acordo internacional, por via de compromissos mutuamente assumidos para um determinado caso concreto.

Verdadeiramente, os danos sociais e econômicos<sup>202</sup> sentidos, com a prática dessa criminalidade, na gestão interna de cada Estado, atingem, em uma envergadura cada vez maior, todos os Estados, de modo a exigir reações e deliberações conjuntas também no plano interestatal. O alastramento da criminalidade transnacional<sup>203</sup> descortina – e põe à mostra – a fragilidade e a inoperância das jurisdições nacionais e de seus instrumentos internos de persecução<sup>204</sup>. Há de se frisar, neste ponto, que não há nenhuma espécie de barreira criada pelo Direito Internacional para que o Estado-Nação possa, *per si*, buscar o sucesso de uma persecução penal internacional. Muito pelo contrário, o Direito Internacional não apenas franqueia aos Estados o processamento de crimes internacionais, como também encoraja, e até os obriga, em certas circunstâncias, a fazê-lo. Os sistemas nacionais não tiveram êxito, no que se refere ao processamento adequado e consolidado dessa criminalidade, de modo a carecer de alternativas eficazes, já que a história mostra esforços domésticos notáveis para coibir crimes internacionais por meio do Direito Penal interno<sup>205</sup>.

---

<sup>202</sup> Nas palavras de Anabela Rodrigues, ao tratar especificamente de criminalidade organizada, a referida atividade é “caracterizada por efeitos danosos avultadíssimos, normalmente econômicos, mas também políticos e sociais. Destacam-se a sua capacidade de desestabilização geral dos mercados, bem como a corrupção de funcionários e governantes” (RODRIGUES, Anabela Miranda. *Globalização e Direito, Criminalidade Organizada – Que Política Criminal? Studia Iuridica* 73. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 197-198).

<sup>203</sup> Segundo o art. 3.2 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo, assimilada, no território brasileiro, através do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004), “a infração será de caráter transnacional se: a) For cometida em mais de um Estado; b) For cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado; c) For cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou d) For cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutra Estado”.

<sup>204</sup> Imperioso o raciocínio de Faria Costa, para quem “o Estado nacional se esgaça e rompe e com ele e por ele se não consegue estancar o fenômeno crescente do aumento da criminalidade” (COSTA, José Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, ano 9, n. 34, abr./jun. 2001, p. 24).

<sup>205</sup> Deve-se ressaltar que esforços nacionais para processar genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra têm sido altamente seletivos, grandemente descoordenados e, em suma, insatisfatórios. Nesse contexto, poderíamos rememorar o processamento de crimes do Nacional Socialismo após a Segunda Guerra Mundial, inclusive exemplos notáveis como os dos julgamentos perante tribunais militares na Alemanha ocupada, dos julgamentos de Adolf Eichmann em Israel, Klaus Barbie, Paul Touvier e Maurice Paupou na França e de Imre Finta no Canadá e milhares de processamentos que foram dignos de menor

Nesse sentido, conforme pontua Figueiredo Dias, o sistema de justiça penal, fundado no paradigma iluminista, liberal e democrático “não está preparado ou mesmo não é adequado a prover os grandes e novos riscos que ameaçam a humanidade no seu todo, sequer a adequar-se à realidade sociocriminológica atual: à sua expansão, à sua massificação, à sua organização e à sua internacionalização”<sup>206</sup>. Se os Estados, agindo isoladamente ou por meio dos modos tradicionais de cooperação internacional, não se mostram aptos ao enfrentamento da criminalidade transnacional, deve-se começar a aferir a necessidade premente, nos dias de hoje, de disposição e de atuação conjunta de todos os Estados<sup>207</sup>. A exigência primeira, para o deslinde de uma iniciativa internacional de cooperação mútua em desfavor das manifestações criminais transnacionais, corporifica-se na harmonização de um regramento legislativo mínimo que possa oferecer o cenário apto à realização de uma cooperação penal internacional conjunta e uniforme entre os diversos Estados. A busca pela harmonização jurídica, seguindo uma visão de supranacionalidade do direito, não é ideia posta em causa recentemente. A atual tendência de aproximação de regimes jurídicos, segundo aponta David, antes de uma inovação, constitui uma renovação da ideia de universalismo do direito<sup>208</sup>.

---

atenção. Mais recentemente, as atividades do Tribunal Penal Internacional da Antiga Iugoslávia e do Tribunal Penal Internacional para Ruanda foram complementadas por processamentos não somente na Croácia, Bósnia-Herzegovina, Sérvia e Ruanda, mas também nos chamados terceiros Estados. Os exemplos mais relevantes de processamento nacional recente de crimes internacionais são os esforços em diversos Estados europeus para atribuir a Augusto Pinochet a responsabilidade por crimes cometidos sob seu governo no Chile (JESSBERGER, Florian,. *International v. Nacional Prosecution of International Crimes, The Oxford Companion to International Criminal Justice*. New York: Ed. A. Cassese, Oxford University Press, 2009, p. 210).

<sup>206</sup> O autor ainda assevera: “parecem revelar-se inúteis – ou para pouco servirem, ou serem manifestamente inadequadas – no que diz respeito ao problema de contenção dos riscos globais da sociedade atual e futura” (DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema do direito penal no dealbar do terceiro milênio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, V. 99, ano 20, 2012, p. 39-40).

<sup>207</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma política criminal europeia: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 15.

<sup>208</sup> DAVID, René. *The international unification of private Law international Encyclopedia of Comparative Law*, Nova Iorque, 1969, p. 123. O período remoto de supranacionalidade é historiado por ZWEIGERT: “Houve uma unidade supranacional no continente europeu apenas durante o período no qual o direito romano foi a fonte substancial de todo o direito. E a ele correspondeu uma unidade própria no âmbito do mundo anglófono, a saber a da *common law*, que se manteve até hoje em determinadas fronteiras. A unidade jurídica no continente, em contrapartida, desmantelou-se com o século XVII, quando começaram a ser adotados códigos nacionais em lugar do direito romano tradicional. Como consequência disto, os bacharéis passaram a concentrar-se totalmente em seus próprios códigos. Eles pararam de enxergar para além das fronteiras. A partir do cultivo auto-suficiente do próprio direito surgiu, simultaneamente ao fortalecimento do pensamento nacional, o orgulho do próprio direito” (ZWEIGERT, Konrad; KOTZ, Hein, *Introduction to Comparative Law: Volume 1 – The Framework*, 2 ed., 1987, p. 15–27).



A previsão simétrica de condutas puníveis, no plano internacional, permitiria, em um primeiro momento – e para determinadas hipóteses criminosas -, uma maior reação por parte das autoridades nacionais frente à criminalidade transnacional, atitude esta que tem sido, nos últimos anos, insuficiente e ineficaz. A harmonização internacional de condutas puníveis, assim, resolveria muitos inconvenientes durante a persecução penal de determinados crimes, bastando lembrar, a título exemplificativo, a imensa facilidade que se teria no estabelecimento de investigações preliminares, colheita probatória, uniformização de prazo prescricional, aferição de competência e, especialmente, auxiliaria para os fins de cooperação judicial internacional. Esses poucos exemplos apontam, visivelmente, para a utilidade de regulação harmônica de determinados fatos típicos caracterizados pela presença constante no panorama internacional, mas, como fator preponderante, a harmonização jurídica assume a perspectiva de criar o cenário propício à formação de um modelo de integração entre os Estados da comunidade internacional, necessário para uma eficaz cooperação penal internacional.

A necessidade de harmonização da norma penal requer, como marco de partida, o desempenho de uma linguagem jurídica comum entre os Estados-membros, a qual deve abranger, no mínimo, o plano legislativo e jurisprudencial. A similitude, no plano internacional, da norma penal e processual penal e a correspondente harmonização normativa são condicionantes da própria liberdade dos envolvidos, por poderem perceber, de forma harmônica, os espaços de licitude e ilicitude à sua frente, e de segurança jurídica, por visar ao acerto do regime competencial que incidirá em determinada hipótese fática e à certeza da norma a ser aplicada.

Diante da ampla diversidade de sistemas jurídicos, intensificada pela especificidade de características de cada um e, em cada sistema, pela multiplicidade de soluções jurídico-penais<sup>209</sup> apresentadas pelas suas normas internas e também pelos tratados internacionais que cada um incorpora em seu ordenamento, a comunhão de

---

<sup>209</sup> Segundo Roxin, “*hay diferentes verdades, sin que esto merme en lo más mínimo la universidad de los métodos de la Ciencia penal utilizados para su descubrimiento*” (ROXIN, Claus. “*La ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro*”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milênio*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, p. 404).

interesses jurídicos torna-se uma realidade difícil de ser concretizada<sup>210</sup>. Pese embora a dificuldade de diálogo entre os diversos sistemas, a avaliação comparativa entre institutos dos diversos sistemas jurídicos possibilita a identificação de pontos e elementos de equivalência entre os ordenamentos jurídicos alvos da comparação. Importa frisar, nesse aspecto, que as dessemelhanças não são necessariamente abissais nem as similitudes necessariamente escassas, quando estamos diante de ordenamentos de países pertencentes a famílias jurídicas diferentes. Os conflitos e as divergências estão presentes e latentes, muitas vezes, entre os próprios países cujos ordenamentos possuem a mesma tradição jurídica.

Criar um alicerce normativo comum entre ordenamentos de distintas famílias do direito constitui trincheira de transposição, ainda mais, custosa, eis que a contingência de antagonismo e incompatibilidade possui lastro ainda mais extenso<sup>211</sup>. A busca de harmonização deve ter, por base, como não poderia deixar de ser, a consideração das singularidades de cada sistema jurídico-penal (termo que deve considerar, nas linhas de leitura desta tese, o âmbito material e processual penal), sendo a superação da diversidade legislativa um fator inicial a ser transposto. Verdadeiramente, a inexistência de estatutos e bases legislativas comuns, quando estão, cada vez mais, presentes os riscos da sociedade moderna e a afluência de fatos típicos envolvendo dois ou mais Estados, em virtude de tantas vezes já repetida criminalidade transfronteiriça representa causa de insegurança jurídica no plano internacional. A expansão dos riscos resultou no surgimento de medos sociais, cuja generalização provoca, na alusão feita por Bauman, uma sensação de insegurança e perda de referencial<sup>212</sup>, ambientados, segundo Boaventura Santos, em uma “sociedade de riscos individuais e coletivos inseguráveis”<sup>213</sup>.

---

<sup>210</sup> Tanto que alguns autores pregam a aplicação da chamada teoria da “margem nacional de apreciação”, desenvolvida pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem e, depois, pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, para que os Estados, ao assimilarem as normas impostas por certos Tratados, possam afastar-se em certa medida do seu a fim de respeitar as suas especificidades constitucionais (FRONZA, E. *L'effet harmonisateur du Statut de la Cour pénale internationale*. In: M. DELMAS-MARTY/ M. PIETH/ U. SIEBER (eds). *Les chemins de l'harmonisation pénale*, 2008, n. 135, p. 72).

<sup>211</sup> Nesse sentido, DAVID, René. *The international unification of private Law international*. *Encyclopedia of Comparative Law*, Nova Iorque, 1969, p.5.

<sup>212</sup> BAUMAN, Zigmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 8.

<sup>213</sup> BOAVENTURA, Souza Santos. *A crítica da razão indolente – Contra o desperdício da experiência*, 2. ed., V. 1, Porto: Edições Afrontamento, outubro de 2002, p. 34. No pensamento de Rotsch, em uma sociedade extremamente desenvolvida, que não encontra tempo para assegurar seus próprios valores, o direito (por sua relação de acessoriedade com o mundo real) torna-se altamente complexo e converte-se em fator de insegurança. (ROTSCH, Thomas. *Tempos Modernos: Ortodoxia e Heterodoxia no Direito Penal*. in

A existência de um segmento jurídico uniforme é instrumento facilitador no âmbito internacional, eis que viabiliza a identificação do conteúdo normativo a ser aplicado, reduzindo, assim, a instabilidade jurídica<sup>214</sup>. Adiante, desde logo, que não há de se cogitar, na presente tese, de criação de um organismo internacional neutro responsável por garantir a perseguição e a execução de penas em face dos sujeitos ativos dos crimes de perfil internacional. Também não há de se propor, do mesmo modo, a ampliação de competência de eventuais organismos já existentes. O projeto que aqui se enxerga e que será visto no decorrer da exposição do tema parte da premissa de atuação conjunta por parte dos próprios Estados- Membros da comunidade internacional.

### **3.2 – A necessidade de harmonização diante da ineficiência do modelo dos tribunais penais internacionais**

O início da vida em sociedade desenvolveu-se em paralelo a guerras e conflitos entre os diversos grupos de seres humanos. Com a evolução dos tempos e o consequente progresso das civilizações<sup>215</sup>, assistiu-se, de forma crescente e ilimitada, a

---

D`ÁVILLA, Fábio Roberto. Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências, 8 e 9 de jun. 2009, EdiPUCRS, Porto Alegre, 2011, p. 69).

<sup>214</sup> ZWEIGERT, Konrad; KOTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law: Volume 1 – The Framework*, 2 ed., 1987, p. 15–27.

<sup>215</sup> Em crítica ao pensamento de que o passar do tempo representa, necessariamente, evolução, Faria Costa aponta que, diferentemente do que defendia a compreensão histórica iluminista, a história “não se faz de forma retilínea e sempre ascendente”. A partir do Iluminismo, conforme relata, a história apontava o caminho para onde as coisas necessariamente deveriam seguir ou encaminhar-se, não havendo espaço, dentro deste contexto, para a ideia de qualquer retrocesso. Não se cogitava que os avanços civilizacionais pudessem, no futuro, ser expostos a juízo de valor, entretanto, segundo o autor, há, sim, retrocessos; afirma que “em todos os movimentos humanos podem ver-se retrocessos. Repete-se: não se avança sempre. Só que, no retrocesso, apesar de tudo – e, com isso, não queremos, de modo algum, menosprezar retrocessos que nos atiraram para o mais fundo dos fundos da barbárie, como foram o holocausto, os *goulags* ou a insanidade da marca *Pol Pot* -, a história, isto é, nós, chega a esses retrocessos com uma outra consciência crítica”. Utilizando uma interessantíssima figura de linguagem, o professor aponta que o retrocesso não se daria de forma pendular nem de modo hermeneuticamente circular e isonômico, mas sim por meio de um “espiral hermeneuta”. Suas idas e vindas não passam exatamente no mesmo lugar, mas sempre um pouco à frente e acima (COSTA, José de Faria. A globalização e o tráfico de seres humanos (O pêndulo trágico da história e o direito penal) in KLUWER, Wolters. *Direito Penal e Globalização, Reflexões não locais e pouco globais*. Portugal: Coimbra Editora, 1. ed. 2010, p.48-49). Tal pensamento não impede que se firme a consideração de que o sistema jurídico que protege as relações sociais estará, à medida da evolução histórica, em constante modificação, no que tange inclusive aos modos de proteção e formas de controle. A evolução histórica fez as gerações enxergarem os abusos praticados pelos antecedentes. Fazendo um relato sobre a reforma do século XVI, Voltaire, em Tratado sobre a Tolerância, apontou que, em decorrência do Renascimento - que teve início no século XIV, mas cujo auge se deu verdadeiramente no séc. XVI – as grandes mentes científicas passaram a se tornar mais esclarecidas e a se contrapor conjuntamente aos abusos que vinham sendo

uma disseminação de conflitos e de lutas armadas. Através da história da civilização humana, presenciou-se milhões de pessoas sendo vitimadas a partir de atrocidades políticas e truculências religiosas que, apesar da constância e relativa banalidade, sempre afetou, de forma intensa, a consciência humana, fazendo desacreditar a esperança de pacíficas relações entre os Estados Soberanos. No atual estágio contemporâneo, ainda nos encontramos na presença de inaceitáveis práticas contra bens jurídicos fundamentais da humanidade, os quais dificilmente podem ser aceitos por qualquer tipo de cultura ou ideologia<sup>216</sup>.

A sociedade internacional, já há muito tempo, após identificar sua incapacidade de enfrentar essas agressões no plano interno de cada Estado, bem como de reprimi-las durante os seus acontecimentos, verificou a necessidade de socorrer-se de uma jurisdição em âmbito internacional, na tentativa de impedir as consequências advindas e de evitar uma futura reincidência dos fatos danosos<sup>217</sup>. A comunidade internacional buscou, assim, consagrar a responsabilidade penal internacional dos indivíduos por práticas atentatórias à paz social e ao desenvolvimento dos povos, nascendo, a partir daí, a ideia de uma jurisdição penal internacional<sup>218</sup>. A história recente, entretanto, mostrou que as

---

cometidos. Segundo o autor, todos, à época, concordavam que essas queixas eram legítimas (VOLTAIRE. *Tratado sobre a Tolerância*: por ocasião da morte de Jean Calas (1763). Trad. William Lagos – Porto Alegre, RS: L&PM, 2008).

<sup>216</sup> Segundo aponta Faria Costa, há determinados comportamentos humanos que, independentemente do quadrante valorativo, ético ou ideológico, continuam a ser considerados intoleráveis por toda a comunidade e, por isso, mercedores de inequívoca censura jurídico-penal. (COSTA, José de Faria. "Prelúdio e variações sobre o direito penal". In: *Livro de Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld (Direito Penal - fundamentos dogmáticos e político-criminais)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 130). À luz do exposto, e apesar das contínuas e irreconciliáveis discrepâncias existentes entre diferentes culturas, é possível afirmar que a concepção de justiça de cada país não representa em si mesma um obstáculo insuperável para a persecução internacional de crimes graves (STEINER, Con Christian. *Sobre los fines de La Pena al Nivel Nacional y Supranacional*. In: *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Marcial Pons. Madrid: Ediciones jurídicas y sociales, S. A., 2006, p. 71).

<sup>217</sup> Não é recente, pois, a preocupação da comunidade internacional em evitar práticas criminosas que representem turbacão da paz, bem-estar e segurança da humanidade, tendo os Estados, há muito, buscado mecanismos no âmbito nacional e também internacional que pudessem impedir ou, pelo menos, reduzir esses acontecimentos. Remonta-se, aliás, aos ideais iluministas para apontar o fundamento ideológico de uma justiça penal internacional (BOURDON, William. *La Cour pénale internationale*. Paris: Éditions du Seuil, 2000, p. 14). A esse respeito, tanto Habermas como Derrida afirmam o valor dos ideais do Iluminismo com respeito à cidadania mundial e ao direito cosmopolitano. Como Kant definiu, esse seria o Estado de uma comunidade universal em que todos os membros estão habilitados a "se apresentar diante da sociedade dos outros, porque têm direito à posse comunal da superfície da Terra". Quando esta comunidade estivesse formada, uma violação de direitos em uma parcela do mundo seria sentida em toda parte (BORRADORI, Giovana. *Filosofia em tempo de terror: Diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida*. Rio de Janeiro, 2004. p. 12).

<sup>218</sup> O verdadeiro marco de reconhecimento de uma jurisdição penal internacional retroage aos eventos chocantes experimentados pela humanidade no curso da Segunda Guerra Mundial, impostos pelos regimes políticos nacional-socialista alemão e fascista italiano. De fato, a concretização da responsabilização penal

medidas de prevenção e de repressão baseadas tão somente na ordem interna dos países, bem como estritamente sob as hostes dos tribunais penais internacionais *ad hoc*, não conseguiram garantir a responsabilização individual daqueles que cometeram as referidas práticas. Muito embora reconheça-se a significância desses Tribunais para a consolidação de uma Justiça Penal Internacional, foram os mesmos marcados por inúmeras infringências aos mais básicos postulados do Direito Penal moderno, garantidores de um mínimo necessário a um julgamento justo e imparcial e, quando reparadas algumas falhas através da implementação de uma Corte permanente, esta não conseguiu, pelos diversos fatores expostos, atingir o escopo para o qual se propôs<sup>219</sup>.

A sociedade moderna, em busca de consolidar uma dinâmica social afastada, o máximo possível, de conflitos internos e externos, a partir da afirmação da necessidade de repressão e responsabilização dos envolvidos, assistiu à criação do Tribunal Penal Internacional (TPI). Diante de incontáveis falhas desde o pós-guerra, até o final do

---

internacional do indivíduo através de cortes internacionais só aconteceu, efetivamente, com a instalação dos Tribunais Internacionais de Nuremberg e Tóquio, no pós-Segunda Grande Guerra. De fato, a herança do Holocausto para a internacionalização dos direitos humanos assentou-se na inquietação advinda no mundo pós-Segunda Guerra, acerca da falta que fazia uma arquitetura internacional de proteção de direitos, com vistas a evitar que brutalidades daquela natureza voltassem a acontecer novamente no mundo (ALLEN, William S., *The Nazi Seizure of Power: The Experience of a Single German Town 1922–1945*. Franklin Watts; Revised edition, 1984). O fim do conflito promoveu e aceitou ampliadamente um “novo modelo de direito e de governabilidade internacional”. (HELD, David. *La democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997. p.112). Também historiando o processo de instituição e legitimação dos tribunais internacionais a partir do fim da Primeira Guerra: CAEIRO, Pedro. Tribunais Penais Internacionais: etapas de um caminho ou astros em constelação? (Uma visão político-jurídica do Estatuto de Roma). *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 10. 2002, p. 101. Há entendimento, entretanto, no sentido de que foi a Primeira Guerra Mundial que deu origem à iniciativa de levar indivíduos à justiça, incluindo altos funcionários de Estados supostamente responsáveis por graves crimes internacionais. (CASSESE, Antonio. De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. cap. I. p. 3). Sem embargo, pode-se adotar, como premissa, o fato de que os primeiros movimentos na história voltados à responsabilização penal internacional do indivíduo vinculam-se ao cenário de definição das leis de guerra. Segundo atesta Timothy L. H. McCormack: “*The concept of individual culpability for international crimes first arose in the context of the laws of war, and the only international tribunals assembled to date to deal with allegations of international crime have been for offences occurring in the context of armed conflict*” (McCOMARCK, Timothy L. H. e SIMPSON, Gerry J. *The law of war crimes national and international approaches*. Kluwer Law International: The Hague/London/Boston, p. 32). No período pós-Primeira Guerra Mundial, ensaiou-se perseguir criminalmente os que, durante o conflito armado, profanaram as normas gerais de guerra, as quais, diga-se, a bem da verdade, não impunham limpidamente a responsabilização penal em nível internacional, estabelecidas a partir de tratados internacionais ou assimiladas ao longo dos anos, através de costumes internacionais. Nesse ponto, atingiu-se a conclusão de que determinadas ofensas, por tão lesivas e penosas, implicavam violação direta aos bens pertencentes a toda a comunidade internacional. (BASSIOUNI, Cherif. *Crimes against humanity in International Criminal Law*. The Netherlands Kluwer Academic Press. 1992, p. 192-199).

<sup>219</sup> Sua história remanesce, assim, apenas como “testemunha do passado, exemplo e conselheiro do presente, advertência das coisas por vir” (CERVANTES, Miguel de. *Dom Quixote*. Trad. Viscondes de Castilho e Azevedo (Coleção L&PM Pocket), abr. 2005, p.90).

século passado, a sociedade internacional passou a enxergar, na instalação de um Tribunal Penal Internacional permanente, a garantia para o julgamento e a punição dos indivíduos responsáveis pela prática de crimes contra a humanidade, visando, como fim mediato, a evitar a impunidade e prevenir novos crimes, fatores esses não alcançados no passado, através de outros instrumentos jurídicos. O significado da existência do Tribunal Penal Internacional permanente foi o mais relevante possível, pois visava-a, eficazmente reprimir e prevenir a ação de novos crimes contra os seres humanos. Realmente, sua instauração representou não apenas a ocasião para punir os responsáveis por referidas práticas (caráter repressivo), mas também salvaguardar as populações potencialmente vítimas de tais práticas (caráter preventivo), objetivos esses que não foram atingidos pelos tribunais anteriores.

A existência de uma Justiça Penal Internacional, ao que se imaginou, traria aporte para a consolidação de um rígido sistema jurídico internacional, necessário para evitar a impunidade dos responsáveis por sérias violações aos direitos humanos e impedir a reiteração de atos no futuro, em primeiro aspecto, porque contornaria as diversas dificuldades de natureza material e processual ocorridas no âmbito interno de cada Estado, de forma a tornar efetiva a persecução penal em desfavor dos responsáveis, evitando, assim, a impunidade dos criminosos; em um segundo lugar, porque corrigiria as impropriedades havidas com o estabelecimento e o funcionamento das cortes *ad hoc*, como recorrentemente se assevera em face dos Tribunais de Nurembergue, Tóquio, ex-Iugoslávia, Ruanda e Serra Leoa, especialmente, no que tange aos dois primeiros<sup>220</sup>.

---

<sup>220</sup> O pensamento da grande maioria dos doutrinadores, ao analisar os dois Tribunais do pós-Segunda Guerra, é no sentido de que os julgamentos dos criminosos de guerra de Nurembergue e de Tóquio constituíram-se em uma malversação jurídica, seja pela ausência de preceito legal anterior aos fatos ilícitos, em clara violação ao dogma do *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege penali*, seja pela parcialidade da Corte, integrada pelos vencedores da guerra, ao ferir o princípio de que *nemo iudex in causam suam* (PINTO, Fernando. *A presença do costume e sua força normativa*. Rio de Janeiro, 1982, p. 83 - 84). De fato, o Tribunal Militar Internacional que funcionou em Nurembergue, bem assim o seu similar de Tóquio, foi de encontro ao direito vigente, eis que inexistia qualquer norma jurídica que considerasse crime os atos praticados pelos que foram julgados e, além disso, chegou-se ao contrasenso de o Tribunal julgar apenas os vencidos – quando os vencedores praticaram atos idênticos (bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki) (ARAÚJO, L. I.. *Direito Internacional Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000, p. 73). Mais e mais, apesar de ter adotado, primordialmente, o sistema adversarial, em que há rigoroso respeito ao direito de defesa, os julgamentos em Nurembergue e de Tóquio não foram fiéis a essa sistemática, pois, em ambos os tribunais, não foram implementados os meios necessários para o exercício pleno do direito de defesa, bastando citar o impedimento da defesa de produzir provas quanto aos atos de guerra também praticadas pelos países aliados durante o conflito, bem como a inexistência de dispositivo referente ao princípio da presunção de inocência (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A prova ilícita e o Tribunal Penal Internacional: regras de admissibilidade*. Dissertação (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 46). Há contundentes opiniões no sentido de que os julgamentos foram realmente muito prejudiciais

Por se referir a uma culpabilidade *ex post facto*, os julgamentos realizados no Tribunal de Nurembergue têm a particularidade de não prever codificação ou corpo de leis anteriores o julgamento, tendo, para o processamento dos referidos crimes, misturado as regras do Direito Civil europeu com o anglo-americano. Prevaleceram, entretanto, grandemente, as características do sistema da *Common Law*, em face da preponderância exercida pelos Estados Unidos e pela Inglaterra, sendo que a França, ainda fragilizada, não conseguiu fazer prevalecer o sistema da *Civil Law*, o mesmo podendo-se afirmar quanto à União Soviética, apesar de algumas características do julgamento terem fugido ao modelo adversarial clássico, como a possibilidade conferida aos juizes de efetuarem perguntas diretamente às testemunhas e a ausência de júri popular<sup>221</sup>. Além das ofensas diretas aos princípios da legalidade e da irretroatividade da lei penal, outras reprovações foram expostas em face do Tribunal de Nurembergue, tais como: a vedação de o direito penal atuar em relação aos chamados "Atos de Estado"; a impossibilidade de reconhecimento da responsabilidade penal dos entes coletivos; a impossibilidade de atuação do direito penal internacional contra os indivíduos e a questão da obediência hierárquica<sup>222</sup>.

As dúvidas postas ao Tribunal de Tóquio começam já a partir de sua composição. A Corte era formada por Austrália, Canadá, China, EUA, Filipinas, França Grã-Bretanha, Holanda, Índia, Nova Zelândia e URSS, tendo, como Chefe da Acusação, um norte-americano, e, para cada réu, foi disponibilizado um advogado norte-americano e um japonês, fato este bastante ilógico e incoerente, diante da constatação de que Estados Unidos eram um dos acusadores. Uma outra situação também faz desmerecer a

---

ao direito de defesa, na medida em que esta só tinha acesso aos elementos de prova levantados pela acusação após a apresentação formal da acusação perante o Tribunal. Quanto a este aspecto, vários magistrados integrantes do julgamento dissentiram abertamente de decisões majoritárias da Corte, como também fizeram críticas abertas aos procedimentos ali adotados (CASSESE, Antonio. *International criminal law*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 383 - 384).

<sup>221</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A prova ilícita e o Tribunal Penal Internacional: regras de admissibilidade*. Dissertação (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 42.

<sup>222</sup> Nelson Hungria faz severa crítica ao referido Julgamento: “O Tribunal de Nuremberg há de ficar como uma nódoa da civilização contemporânea: fez tábula rasa do *nullum crimen nulla poena sine lege* (com um improvisado Plano de julgamento, de efeito retroativo, incriminou fatos pretéritos e impôs aos seus autores o ‘enforcamento’ e penas puramente arbitrárias); desatendeu ao princípio da ‘territorialidade da lei penal’; estabeleceu a responsabilidade penal de indivíduos participantes de tais ou quais associações, ainda que alheios aos fatos a ele imputados, funcionou em nome dos vencedores, que haviam cometido os mesmíssimos fatos atribuídos aos réus; suas sentenças eram inapeláveis, ainda quando decretavam a pena de morte” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Tomo I, V. I, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 31). Por fim, brilhante concisão feita por Caeiro acerca da legitimação do referido tribunal: “a força política do Tribunal de Nuremberga foi também sua fraqueza jurídica” (CAEIRO, Pedro. *Tribunais Penais Internacionais: etapas de um caminho ou astros em constelação?* (Uma visão político-jurídica do Estatuto de Roma). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 10, 2002, p. 101).

credibilidade e a legitimidade do referido Tribunal: o fato de ter o Japão promulgado uma norma prevendo a iniciativa de responsabilizar todos os criminosos, através de julgamento. A intenção era abrigar-se no princípio da complementaridade, segundo o qual a atuação de Tribunais Internacionais é meramente subsidiária, sendo o julgamento interno excludente da jurisdição internacional, seja ela permanente ou *ad hoc*, bem como na premissa de que uma pessoa não pode ser julgada mais de uma vez pelo mesmo crime (*ne bis in idem*). Desnecessário dizer que não obtiveram o resultado esperado.

Diversos fatos põem incertezas também na justificabilidade do Tribunal da ex-Iugoslávia. O principal deles foi exatamente a constatação de que a OTAN também foi responsável por diversos crimes de guerra. Mais uma vez, é de se indagar a verdadeira intenção, política ou econômica, por trás da criação do citado Tribunal. Muitas outras críticas são dirigidas contra o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, destacando-se as seguintes: a) a falta de legitimidade do Conselho de Segurança da ONU para a criação do Tribunal, para o qual demandaria deliberação da Assembleia Geral. b) a desproporção nas acusações, já que um número muito superior de sérvios foi acusado, quando comparados à proporção de indiciados por crimes cometidos contra os sérvios; c) a possibilidade de acusações secretas; d) a parcialidade pela não acusação e processamento de cidadãos dos países da OTAN, também participante do conflito; e) o altíssimo custo do Tribunal (US\$ 277 milhões para o biênio 2006-2007); f) a longa duração dos julgamentos<sup>223</sup>.

Apesar de obter a virtude de ser criado a partir de uma solicitação do governo local à Organização das Nações Unidas, o que afasta, ao menos inicialmente, qualquer suscitação de dúvida quanto à eventual influência econômica externa (muito embora a questão político-econômica interna fosse perceptível, em paralelo ao conflito étnico), o Estatuto do Tribunal da Ruanda, a exemplo do Tribunal da antiga Iugoslávia, não previa penas singularizadas para cada crime, em total desacordo ao dogma da individualização das penas, de forma que, na ocasião, quem subjetivamente decidia qual das penas a serem adotadas eram os juízes. A Corte de Ruanda não veio à lume para

---

<sup>223</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Ed.Saraiva.2006, p. 44. A grande influência econômica que se entende verdadeiramente motivar a criação desta Corte era justamente a preocupação dos Estados Unidos e do Ocidente Europeu em tentar barrar um planejamento de Milosevic de formar “A Grande Sérvia”, agregando territórios sérvios, da Bósnia e da Croácia, extinguindo a autonomia de Kosovo.



processar e julgar delitos de guerra, mesmo porque se tratava de um conflito armado interno, mas para julgar violações graves ao Direito Internacional como punições coletivas, terrorismo, tomada de reféns e pilhagem. Sua criação também se deu *ratione temporis*, considerando-se que a sua competência e jurisdição foram limitados aos atos e fatos consumados entre 01 de janeiro e 31 de dezembro de 1994. O Tribunal leonês tem seu funcionamento regido por uma mistura de leis domésticas e internacionais, sendo o primeiro em que juízes indicados pela ONU sentam-se lado a lado com magistrados do país onde foram cometidos os crimes, mas a complexidade e a dificuldade de realização dos julgamentos também vêm do fato de que a guerrilha não se limitava às fronteiras leonesas (um dos acusados, por exemplo, era o ex-Presidente da Libéria, Charles Taylor).

A prática dos tribunais internacionais provou seu muito reduzido alcance para o atingimento de uma Justiça Penal Internacional verdadeiramente eficiente. Primeiramente, a limitada atividade dos tribunais internacionais torna evidente que a comunidade internacional encontra-se incapaz de prevenir a criminalidade transnacional e de evitar a impunidade diante da prática de crimes internacionais. Os esforços para estabelecer a responsabilidade criminal, em nível internacional, são muito custosos e consomem, na mesma intensidade, muito tempo. Seu lado negativo reside, portanto, em sua efetividade: custos elevados, capacidade limitada<sup>224</sup> e, mais importante, dependência da cooperação de Estados<sup>225</sup>, fazem dos processamentos internacionais uma alternativa que

---

<sup>224</sup> Conforme aponta Jessberger: “Dado o considerável número de empregados e a força financeira desses tribunais, sua ‘produção’ tem sido, todavia, modesta: desde sua criação, em 1993, o Tribunal Penal Internacional da Antiga Iugoslávia indiciou um total de 161 pessoas; no máximo 48 foram condenados e 5 absolvidos. No Tribunal Penal Internacional para Ruanda, indiciamentos foram proferidos contra 94 suspeitos; destes, 28 foram condenados e 5 foram absolvidos. Enquanto, no que diz respeito às chamadas estratégias de conclusão, a atividade do Tribunal Penal Internacional da Antiga Iugoslávia e do Tribunal Penal Internacional para Ruanda estão arrefecendo, a atividade prática no Tribunal Penal Internacional, cinco anos após seu estabelecimento, ainda está em seus primeiros estágios. No presente, o Tribunal está investigando quatro situações, todas relativas a supostos crimes cometidos na África. Em alguns poucos casos, o Tribunal Penal Internacional expediu mandados de prisão; mais recentemente, em janeiro de 2007, a Câmara de Pré-Julgamento I confirmou as imputações em desfavor de Lubanga Dyilo por crimes de guerra durante hostilidades na República Democrática do Congo em 2002 e 2003.” (JESSBERGER, Florian. *International v. Nacional Prosecution of International Crimes, The Oxford Companion to International Criminal Justice*. New York: Ed. A. Cassese, Oxford University Press, 2009, p. 209-210).

<sup>225</sup> Primeiramente, eles não têm à sua disposição oficiais de cumprimento da lei que poderiam praticar vários atos do procedimento criminal em benefício dos tribunais. Em segundo, ainda que eles o tivessem, eles não estariam investidos de poder para levar a efeito (certos) atos dentro da jurisdição de um Estado soberano. Nesse sentido: SLUITER, Goran. *Cooperation of States with International Criminal Tribunals, The Influence of the Common Law and Civil Law Traditions on the International Criminal Law, The Oxford Companion to International Criminal Justice*. New York: Ed. A. Cassese, Oxford University Press, 2009, p. 187. Repise-se, aqui, a afirmação de Sluiter, no sentido de que “os Tribunais Internacionais ainda são dependentes dos Estados” (*Ibid.*, p. 189). Assim, sem uma estrutura de cooperação sólida, carece-se da base indispensável para o efetivo funcionamento dos tribunais penais internacionais.

deveria ser reservada a poucas hipóteses. Em um segundo e talvez mais importante plano, o modelo proposto para os tribunais internacionais não diz respeito a um expressivo número de Estados e, muitas vezes, a Estados de elevadíssima importância dentro da estabilidade da comunidade internacional, tornando de difícil consecução o encaminhamento de regras de cooperação através da jurisdição dessas cortes.

A partir, portanto, das experiências negativas relacionadas aos tribunais internacionais *ad hoc*, renomados escritores apostaram que a função do Tribunal Penal Internacional revelar-se-ia como de extrema relevância para a salvaguarda dos direitos humanos e do direito internacional humanitário em um contexto global, já que sua jurisdição recai diretamente sobre os indivíduos e em face dos crimes de maior gravidade e de maior afetação à comunidade internacional. Jorge Miranda chegou a afirmar que, “com a criação do Tribunal Penal Internacional, o Direito Internacional dos Direitos do Homem desenvolve-se, concretiza-se, enriquece-se, alarga-se cada vez mais”<sup>226</sup>.

Chegou-se a acreditar que, por ser a competência do Tribunal Penal Internacional subsidiária em relação à competência dos Estados-partes (princípios da subsidiariedade e da complementaridade<sup>227</sup>), haveria um estímulo natural no sentido de que os Estados aperfeiçoassem os seus instrumentos processuais internos, desenvolvendo, de forma eficaz, o ordenamento jurídico nacional, como forma de impor sanções em relação aos crimes previstos no Estatuto de Roma, já que estes passariam a fazer parte do

---

<sup>226</sup> MIRANDA, Jorge. *A incorporação ao Direito interno de instrumentos jurídicos de Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/PainelII-2.htm>. Acesso em 26 de nov. 2007. Caeiro, embora aponte a criação do tribunal penal permanente como “último instrumento de controle e do exercício do poder e da força na reação aos crimes mais graves contra o direito internacional”, acaba por reconhecer que o Estatuto de Roma “tem deficiências sérias, dificilmente aceitáveis à luz de uma racionalidade puramente jurídica” (CAEIRO, Pedro. *Tribunais Penais Internacionais: etapas de um caminho ou astros em constelação? (Uma visão político-jurídica do Estatuto de Roma)*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 10. 2002, p. 100). Sobre a problemática dos reflexos constitucionais da assimilação do Estatuto de Roma, *vide*: PALMA, Maria Fernanda, *Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal*, in *RPCC*, ano 11º, Janeiro-Março de 2001, pp. 7 e ss. *Vide*, também: MOREIRA, Vital. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição*. *O Tribunal Penal Internacional e a ordem jurídica portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 13-47.

<sup>227</sup> Acerca da subsidiariedade e complementaridade, Fernanda Palma: “Por força desta sua natureza o direito internacional penal deve ser um direito subsidiário e complementar do direito interno. Subsidiário por só dever aplicar-se quando o direito interno por força das limitações da soberania não se puder impor. Complementar, na medida em que deve intervir onde e quando o direito interno não dispuser da força controladora necessária. A subsidiariedade refere-se, assim, a um natural primado dos Estados na defesa dos valores da comunidade internacional, por força da própria dificuldade de consolidação de instâncias coercitivas internacionais. A complementariedade refere-se à perspectiva da legitimidade da prevalência das instituições internacionais, onde os Estados não consigam ser autênticos representantes dos valores da comunidade internacional”. (PALMA, Maria Fernanda. *Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal*. In: *Casos e materiais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2009, p. 264).

sistema jurídico dos Estados que o ratificaram<sup>228</sup>. O referido Tribunal, sem dúvida, foi o grande depositário de esperanças dos problemas internacionais do cotidiano, tendo seu surgimento sido apontado como uma nova etapa de justiça efetiva dentro do direito internacional, além de ter sido eleito como imprescindível à construção da paz internacional e do bem-estar social da humanidade<sup>229</sup>.

Sem embargo, apesar de todas as virtudes e esforços que foram levados a efeito para a instalação do Tribunal Penal Internacional, suplantando defeitos históricos ocorridos em todos os outros tribunais internacionais que o antecederam, o mundo, passados já 15 anos da assinatura do Estatuto de Roma, ainda espera por respostas sensatas e eficientes do Tribunal Penal Internacional, depois de todo um malfadado século marcado por conflitos mal resolvidos e de consequências até hoje tidas como imprevistas. O Tribunal Penal Internacional não tem contribuído para a concretização de uma Justiça

---

<sup>228</sup> PAIVA, Bruno Teixeira de. *A Ampliação da Competência do Tribunal Penal Internacional para o Julgamento de Crimes Ambientais*. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal da Paraíba, Orientador: Margarida Cantarelli, 2008.

<sup>229</sup> Também nesse sentido, entendimento já ultrapassado deste autor: “O Tribunal Penal Internacional constitui paradigma delimitador na história da humanidade, pois preenche uma falha histórica do direito internacional, que é exatamente a inexistência de instrumento jurídicos ‘legítimos e eficazes’ capazes de sancionar indivíduos por cometerem ilícitos penais de âmbito internacional. Ele é o resultado de uma luta secular da sociedade internacional para processar e julgar indivíduos que pratiquem graves atentados contra os direitos humanos, tendo como principal compromisso evitar a impunidade e impedir futuras agressões humanitárias” (PAIVA, Bruno Teixeira de. *Ibid.*, 2008). Chegou-se a dizer, também a meu ver equivocadamente, que o princípio da complementariedade, contemplado no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, ao atribuir jurisdição geral às cortes nacionais e jurisdição subsidiária ao Tribunal Penal Internacional, insta, ainda, à harmonização do Direito Penal nacional. Isso, porque, a fim de demonstrar que tem capacidade de apreciar um caso, uma corte nacional deve ter suficientemente integradas as definições material e formal postas no Estatuto. Imaginou-se que, a partir daí, haveria reconciliação dos sistemas criminais nacionais sob o efeito do direito comparado, por intermédio de um processo de harmonização comparável aos resultados oriundos da implementação da Convenção Europeia de Direitos Humanos (ECHR) na Europa. Nesse sentido: DELMAS-MARTY, M. *Comparative Criminal Law as a Necessary Tool for the Application of International Criminal Law, The Oxford C. to ICJ*. New York: Ed. A. Cassese, Oxford University Press, 2009, p. 97. Também nessa linha argumentativa: “the implementation of substantive international criminal law on the basis of the principle of complementarity, assuming that the complementary role of the International Criminal Court has reminded States of their primary responsibility to prosecute international crimes. In this light one might expect a keen desire to adequately implement the substantive international criminal law set out in the Rome Statute...omissis...The position of States on the principle of complementarity is of significance for the implementation of substantive international criminal law. As the Rome Statute does not contain clear and unequivocal obligations to incorporate substantive international criminal law in the domestic legal order, the views of States as to the degree of implementation appear decisive” (SLUITER, Goran, SHABAS, William, *Third Report of International Law Association*. Rio de Janeiro, 2008, p. 2. Disponível em: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1011>. Acesso em: 20 de dez. 2014). Para mais sobre o tema, ver: KLEFFNER, Jann K. ‘The Impact of Complementarity on national Implementation of Substantive International Criminal Law’, *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 90 – 4.

Penal Internacional necessária à efetiva garantia de preservação dos direitos humanos<sup>230</sup>. Até a presente data, a referida Corte não tem se mostrado apta a empreender a punição individualizada dos responsáveis por práticas ilícitas internacionais, tampouco alcançado, tanto no plano interno quanto internacional, evitar a impunidade dos envolvidos<sup>231</sup>, tendo em vista, muitas vezes, a dificuldade de cooperação dos países em face de seus pleitos. Desde a sua criação, o tribunal abriu formalmente apenas nove investigações, todas elas sobre genocídio, crimes de guerra ou crimes contra a humanidade cometidos na África<sup>232</sup>.

Tudo isso deve ser considerado, muito embora haja uma obrigação geral de cooperar por parte dos Estados-partes, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, segundo o qual deve haver a cooperação plena com o Tribunal na investigação e persecução de crimes sob sua jurisdição (Parte IX – Cooperação Internacional e da Assistência Judicial, Estatuto de Roma). Diante da referida norma, o princípio da cooperação penal internacional, no caso específico do Tribunal Penal Internacional, concretiza-se, nesta obrigação, por parte dos Estados de persecução e de repressão dos crimes de competência desse Tribunal, com fundamento normativo na diretriz convencional imposta que, no caso do Estatuto de Roma, é a norma específica do artigo 86.

A cooperação internacional entre o Tribunal Penal Internacional e os Estados corresponde, ainda, a uma categoria peculiar que a particulariza e a distingue das

---

<sup>230</sup> Pregava-se que o sistema legal internacional carecia de um órgão judiciário centralizado que pudesse dar solução pacífica às disputas internacionais de natureza e resultados diversos. Viu-se, assim, no Tribunal Penal Internacional, um implemento de estrutura judicial centralizada que pudesse viabilizar uma interpretação judicial do conteúdo e validade das normas internacionais. Decerto, ao ratificar o estatuto, em particular o seu Art. 119(1), os Estados-parte concederam autoridade ao lado requerente, ou seja, ao Tribunal Penal Internacional, para decidir sobre a interpretação do alcance do dever de cooperar, entretanto os pouquíssimos casos levados a julgamento pelo referido Tribunal não exerciam influência sobre a percepção jurídica dos Estados em geral e sobre o desenvolvimento do direito internacional, tendo estes, assim, simplesmente continuado a ter total autonomia na interpretação dos fatos de uma disputa e das normas internacionais a eles aplicáveis (SOUZA, M. A natureza e eficácia do direito internacional. *Revista de Informação Legislativa* a. 36 n. 141. Brasília: jan./mar. 1999, p. 220).

<sup>231</sup> A crítica exposta pelo ex-Secretário Geral das Nações Unidas Koffi Annan, na conferência de revisão do Estatuto de Roma, evidencia as dificuldades no âmbito da cooperação entre o TPI e os Estados, mostrando o posicionamento dos países da África quanto à entrega do Líder sudanense, Omar Bashir: “Se a impunidade é realmente o problema que tem de ser erradicada, porque não são todos os mandados de detenção contra todos os suspeitos procurados pelo Tribunal de Justiça aplicada e porque a justiça não pode ser alcançada?” (Disponível em: [http://www.coalitionfortheicc.org/blog/?cat=23&langswitch\\_lang=en](http://www.coalitionfortheicc.org/blog/?cat=23&langswitch_lang=en), Acesso em: 12/10/2012). Muito embora esteja evidente que as principais dificuldades encontradas no modelo de cooperação do Tribunal Penal Internacional denotem-se mais no momento de colheita e de produção de prova (LIMA, Renata Mantovani. *Para entender o Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 67).

<sup>232</sup> Além do Sudão, do Quênia e da Uganda, o TPI também tem casos na República Centro-Africana (duas investigações), na Líbia, na Costa do Marfim, no Congo e no Mali.

demais formas de cooperação jurídica internacional em matéria criminal<sup>233</sup>; trata-se de uma cooperação que se estabelece entre órgãos de natureza distinta, nacional e internacional, que possuem uma característica predominantemente unilateral, já que se realiza, quase que exclusivamente, em favor da instituição internacional. Em virtude do princípio da complementariedade, a assistência entre o Tribunal Penal Internacional e os Estados é uma espécie de cooperação que busca atingir o objetivo compartilhado por todas as jurisdições nacionais e internacionais de garantir a punição aos crimes de maior gravidade e transcendentalidade para a sociedade internacional. Esta finalidade comum constitui o principal fundamento para a existência dessa cooperação internacional disposta no Estatuto de Roma. É uma espécie de cooperação internacional que, diante de tais peculiaridades, difere, um pouco, das demais formas de cooperação penal internacional<sup>234</sup>.

O Tribunal Penal Internacional, entretanto, dá continuidade a falhas históricas na persecução internacional de determinados crimes<sup>235</sup>. A referida Corte não alcançou o triunfo de ampliar e distribuir legitimidade processual diante da mesma, não tendo o Estatuto de Roma invocado a necessidade de ruptura com os sistemas anteriores em matéria de personalidade jurídica internacional. Muito embora, há muito, sobre-exceda a necessidade de se conferir legitimidade processual internacional às organizações internacionais, às organizações não governamentais e aos indivíduos, não lhes foi senhoreada personalidade jurídica para fecundar a ação penal junto ao Tribunal Penal Internacional. A legitimidade exclusivista assumida pelo Estatuto de Roma nega uma

---

<sup>233</sup> Assim é que, segundo Delgado e Martínez<sup>1</sup> “*la cooperación de los Estados com la CPI se diferencia claramente de la cooperación interestatal en materia penal. La causa de esta diferencia se debe a que el fundamento de la cooperación com la Corte se encuentra em um tratado multilateral por el que se ha creado una jurisdicción penal internacional competente para el que enjuiciamiento de determinados crímenes, mientras que la cooperación interestatal se desarrolla exclusivamente entre Estados y jurisdicciones nacionales.*” (DELGADO, I. *La Corte Penal Internacional: justitia versus impunidad*, RIPS. *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*. v. 1, n. 2, Universidade de San Tiago de Compostela, 1999, p. 258).

<sup>234</sup> Para aspectos da cooperação penal internacional, tendo, como um dos sujeitos cooperantes, o Tribunal Penal Internacional, ver: KRESS, C. et al. “Part 9: International Cooperation and Judicial Assistance: Preliminary Remarks”. In: Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p. 1 e ss.

<sup>235</sup> Muito embora, quanto ao TPI, reconheçam-se alguns contributos. Assim é que, segundo Vital Moreira, “a rejeição da pena de morte no Estatuto do TPI, que pune obviamente os crimes mais graves constitui um valioso elemento na luta pela sua abolição à escala mundial”. (MOREIRA, Vital. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição*. In: VITAL Moreira/Leonor Assunção/Pedro Caeiro/Ana Luísa Riquito. *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*. Coimbra Editora, 2004, n. 12. p. 23).

orientação que vinha evoluindo no Direito Internacional em prol da entrega da capacidade processual ativa aos particulares diante de certas instâncias judiciais internacionais<sup>236</sup>.

Apesar do grande número de adesões ao Estatuto de Roma e da aceitação por parte da Organização das Nações Unidas, o Tribunal Penal Internacional (TPI) vem sofrendo, ainda, suas primeiras retaliações, inclusive por parte de grandes potências como Estados Unidos, China e Israel, países que, até o presente momento, não ratificaram o referido estatuto. Nessa senda é a reflexão precisa de Faria Costa, ao sugerir que a criação de um tribunal para punir crimes de guerra e contra a humanidade, quando a China, os Estados Unidos da América, a Federação Russa, Israel, Índia e Paquistão (todos também potências nucleares) não ratificaram o Estatuto de Roma ou sequer o assinaram, o que gera um significado meramente simbólico, advertindo, na mesma ocasião, para os perigos que encerram os valores simbólicos em Direito Penal<sup>237</sup>. Ainda segundo o autor, essa ausência de aplicação de uma jurisdição universal, devido à ausência de tais países, reduz o papel do TPI à mera ilustração de tudo o que negativamente o circunscreve e atrofia, impossibilitando a afirmação de uma verdadeira e real legitimidade material desse Tribunal<sup>238</sup>. Também assim, segundo Sluiter, o Tribunal Penal Internacional pode sofrer com o fato de que o modelo não se aplica a um número significativo de Estados e de que a regulação do poder de emanar certos pedidos de cooperação está seriamente danificado<sup>239</sup>.

Os Estados Unidos, na linha de frente dessa contracampanha, buscam enfraquecer o alcance competencial da referida Corte ao celebrar vários pactos bilaterais com outros governos, através dos quais os signatários se comprometem a não submeter seus súditos à jurisdição do Tribunal. A não adesão desse Estado torna desacreditada a própria finalidade de manutenção da paz mundial proposta pela Corte Penal, eis que seus mecanismos de cooperação não atingiriam determinados países, segmentando, assim, o

---

<sup>236</sup> Aos particulares, resta apenas o direito de remeterem ao procurador informações sobre crimes da competência do TPI que possam originar uma investigação conducente a um processo (PUREZA, José Manuel. Da cultura da impunidade à judicialização global. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 60, 2001, p. 129).

<sup>237</sup> COSTA, José de Faria. Tribunal Penal Internacional: um fio de esperança? Crimes contra a Humanidade, Tribunal penal Internacional, O paradigma da ação executiva, Homenagem a Adelino da Palma Carlos. *Boletim da Ordem dos Advogados*, n. 21, jul-ago.

<sup>238</sup> Concluindo o seu raciocínio, o autor pontifica: “De facto, é aqui que se deve rejeitar qualquer veleidade de nos deixarmos dominar pelo ‘pensamento débil’. As ausências limitadoras que se acabaram de enunciar estão aí e é absurdo querer legitimá-las através de discursividade fácil, fluida, politicamente correcta de que só pelo facto de o TPI existir há já um passo civilizacional.” (Ibid.)

<sup>239</sup> SLUITER, Goran. *Cooperation of States with International Criminal Tribunals, The Influence of the Common Law and Civil Law Traditions on the International Criminal Law, The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Ed. A. Cassese, Oxford University Press, New York, 2009, p. 198.

processo de integração natural ao Direito Internacional. Em análise a essa perspectiva pessimista, Faria Costa reflete no sentido de “que fica um travo amargo e doloroso de que há uma justiça para os grandes e poderosos e uma outra a que os pequenos se têm de sujeitar”<sup>240</sup>. Ainda segundo o autor, o TPI é formalmente uma realidade, mas as perspectivas não são nada animadoras, e o TPI, possivelmente, não terá sido mais do que “um fio de esperança”<sup>241</sup>. Essa lamentável atitude dos Estados Unidos não se resume, exclusivamente, à não aceitação dos ditames do Estatuto de Roma, mas pauta-se como uma recente política de governo norte-americana em resistir à assimilação de normas internacionais destinadas à pacífica convivência dos povos<sup>242</sup>. Tais fatores fazem desmoronar a tendência mundial de se valer de uma Corte Permanente destinada a inibir a ocorrência de delitos transfronteiriços e a punição dos responsáveis pelo desencadeamento dos atos<sup>243</sup>.

Afora a possibilidade de intervenção com Conselho de Segurança para “assegurar a paz e a segurança internacionais”, nos termos contidos no Capítulo VII (artigo

---

<sup>240</sup> COSTA, José de Faria. Tribunal Penal Internacional: um fio de esperança? Crimes contra a Humanidade, Tribunal penal Internacional, O paradigma da ação executiva, Homenagem a Adelino da Palma Carlos. *Boletim da Ordem dos Advogados*, n. 21, jul-ago. Embora defensor da legitimidade do aludido tribunal, Caeiro reconhece que “a justiça ali praticada será certamente muito selectiva, possibilitando largas manchas de impunidade e, assim, uma aplicação muito desigual do direito” (CAEIRO, Pedro. Tribunais Penais Internacionais: ‘etapas de um caminho’ ou ‘astros em constelação’? (Uma visão político-jurídica do Estatuto de Roma). In *RBCC* 10, 2002, p. 106).

<sup>241</sup> COSTA, José de Faria. Op. Cit.). Também nessa visão: “*Los estados unidos no aceptan la jurisdicción de ningun tribunal internacional ni en materia de derechos humanos ni de carácter penal...omissis...Estamos, portanto, ante una clara tendencia de imposición imperialista...*” (LLORENS, Jorge Cardona. *La Corte Penal Internacional y el mantennimiento de la paz y la seguridad internacionales, La Corte Penal Internacional* (un estudio interdisciplinar), Tirant to blanch tratades, Valencia, 2003, p. 90 e 91). Assim, também: “*So far, the United States's efforts to safeguard its national interests vis-a-vis the ICC have been very successful: the United States achieved far-reaching immunity for its soldiers in the field and in some cases even for civilians...In 2001, the U.S. Congress, by a large majority of both parties, passed the American Service Members Protection Act,58 which prohibits any U.S. court or agency from responding to a request from the ICC*” (HEYDER, Corrina. *The U.N. Security Council's Referral of the Crimes in Darfur to the International Criminal Court in Light of U.S. Opposition to the Court: Implications for the International Criminal Court's Functions and Status*, 24 Berkeley J. Int'l Law. 2006, P. 660). Há opiniões, entretanto, que indicam uma significativa propensão do Governo norte-americano no sentido do reconhecimento da competência e importância do Tribunal Penal Internacional. Nesse sentido: CERONE, Jonh P. U.S. attitudes towards International Criminal Courts and Tribunals. In: ROMANO, Cesare P. R. *The U.S. and International Courts and Tribunals*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 164 -166.

<sup>242</sup> Sorto apontou o extremo paradoxo dos Estados Unidos da América, responsável pela mais bem sucedida racionalização do poder interno e pela sua imensa contribuição para o sistema internacional do pós-guerra, torna-se, depois, em tão pouco tempo, principal protagonista da ruína dessas mesmas contribuições (SORTO, Fredys. A doutrina Bush das guerras preventivas e o sistema das Nações Unidas. *Revista Verba Júris*. p. 127).

<sup>243</sup> Conforme referiu Anabela, o Tribunal Penal Internacional, embora criado, mostrou-se de uma “universalidade ineficaz” (RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Globalização do Direito Penal - Da Pirâmide à Rede ou entre a Unificação e a Harmonização*, Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários V. 3. Coimbra Editora, 2009, p. 85).

13º b) da Carta das Nações Unidas, o Tribunal, por ter sido criado através de um Tratado Internacional, só poderá exercer a sua competência, se forem partes no referido Tratado<sup>244</sup> ou tenham aceitado a sua jurisdição, não sendo partes: 1) o Estado de nacionalidade do arguido<sup>245</sup>; 2) o Estado em que se tenham praticado os atos objeto de juízo. Assim, no exemplo dado por Condorelli, nenhum futuro Pol Pot ou Pinochet, que tenha exterminado os seus cidadãos em território nacional, poderá ser levado às hostes do TPI, nem por iniciativa do Procurador<sup>246</sup> (artigo 13º c) nem de outro Estado (artigo 13º a), se o seu próprio país não tiver ratificado o Estatuto de Roma, ressalvando a possibilidade de o processo ser desencadeado, nesse caso, pelo Conselho de Segurança, com base no Capítulo VII (artigo 13º b)<sup>247</sup>.

Embora tenham sido vários os apelos mundiais para que haja responsabilização pelos crimes que estão sendo cometidos na Síria, o Conselho de Segurança da ONU não conseguiu adotar uma resolução junto ao TPI em relação à situação do país destruído pela guerra.<sup>248</sup> Devido aos vetos dos membros permanentes China e Rússia. Tendo em vista a ausência de uma ação penal no plano doméstico, a responsabilidade de passar a situação para o TPI era do Conselho de Segurança e, em que pese o apoio dos seus outros 13 membros, houve o veto duplo que impediu que o caso fosse levado às suas hostes. Não obstante, mesmo que fosse viabilizada a análise da situação na Síria pelo TPI, pelos motivos já expostos, tal não representaria, necessariamente, a proteção dos seus civis contra violações contínuas e futuras praticadas por todas as partes do conflito, tampouco coibição da impunidade para as graves violações dos direitos humanos e do direito humanitário.

---

<sup>244</sup> O Tribunal Penal Internacional é o primeiro órgão judicial permanente instituído por um tratado, visto os dois Tribunais *ad hoc* (Ex-Iugoslávia e Ruana) o terem sido por resoluções do Conselho de Segurança, ao abrigo do Capítulo VII da Carta (“Ação em caso de ameaça à paz, ruptura da paz e acto de agressão”) sendo a sua jurisdição obrigatória para todos os estados, de acordo com o artigo 23º da mesma.

<sup>245</sup> PUREZA, José Manuel. Da cultura da impunidade à judicialização global. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 60, 2001, p. 131.

<sup>246</sup> Sobre a posição do Promotor de um Tribunal Penal Internacional e, em especial, sua faculdade de iniciar investigações *ex officio*, ver: ARBOUR, L.; ESER, A.; AMBOS, K.; SANDERS, A editores, *The Prosecutor of Permanent ICC*. Freiburg im Breisgau: Instituto Max Plankt. 2000. p. 667.

<sup>247</sup> CONDORELLI, Luigi. *"L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances"*. In: R.C.A.D.I. 189:13-221.

<sup>248</sup> Os últimos anos têm mostrado que a atuação do Conselho de Segurança tem sido bastante tímida. O atual conflito na Síria revela as inúmeras violações aos direitos humanos ocorridos naquele território, mais especificamente, graves atentados à liberdade de religião ou crença, à promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais na luta contra o terrorismo, aos direitos à liberdade de reunião pacífica e de associação, à promoção da verdade, da justiça, da reparação e das garantias de não repetição, além da prática de tortura, execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, detenções arbitrárias e desaparecimentos forçados ou involuntários.



Um outro grande antagonismo descoberto entre a tendência do direito internacional e o que fora, na prática, implementado pelo Estatuto de Roma, diz respeito à não atribuição ao TPI de jurisdição universal sobre os crimes contra os direitos humanos, fazendo, inacreditavelmente, suprimir daquela instância internacional o mesmo tipo de solução adotada pela imensa maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais. O princípio de jurisdição universal foi contido nos casos em que o Procurador atua com base em informações dadas por outras entidades que não o Conselho de Segurança das Nações Unidas. É perceptível, assim, que, apesar de suas imensas virtualidades na perspectiva do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional, o Tribunal Penal Internacional, lustrado em uma ilusória opulência, apresenta-se em um incalculável embaraço, tanto normativo quanto institucional, tornando evidente a sua ineficiência competencial<sup>249</sup>. Há, ainda, para além de tudo isso, uma preocupação crescente com o fato de que os Estados protagonistas da criação do Tribunal, incluindo a Alemanha, a França, a Itália, o Japão e o Reino Unido, estão a limitar a sua atuação, ao recusarem-se a financiá-lo por completo<sup>250</sup>.

O fato é que o Tribunal Penal Internacional não pode substituir a atuação harmoniosa, conjunta e cooperada dos Estados integrantes das Nações Unidas, dependendo desta atuação a eficaz retaliação dos crimes de lesa-humanidade. Os Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional, embora relativizem o Estado e lhe recordem a sua função de servir os homens e não o inverso, pouco podem, no entanto, fazer sem o próprio Estado<sup>251</sup>. Nas precisas palavras de Faria Costa, “mesmo que se esteja lá a viver um tempo pós-Vestfália, consideramos que ainda não se esgotaram, no que toca à justiça penal, as potencialidades do Estado-nação”<sup>252</sup>. Caso, postos de parte certos descontos, houvessem

---

<sup>249</sup> A União Africana é uma, entre tantas instituições internacionais, que não tem dado apoio ao TPI, já tendo, pelo contrário, emitido uma resolução em que acusa o referido tribunal de escolher alvos africanos por critério racial, pelo fato de todos os acusados serem de países africanos, o que dificulta a prisão de fugitivos: todos são de Nações africanas. Disponível em: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/29150/maioria+dos+acusados+por+tribunal+penal+internacional+continua+a+solta.shtml>. Com acesso em: 02 de mar. 2015.

<sup>250</sup> Nesse sentido é a recente advertência da Anistia Internacional. Disponível em: [http://www.amnistia-internacional.pt/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1060&Itemid=98](http://www.amnistia-internacional.pt/index.php?option=com_content&task=view&id=1060&Itemid=98). Acesso em: 01 mar. 2015.

<sup>251</sup> PAULUS, Andreas P. Do Direito dos Estados ao direito da Humanidade? A instituição de um Tribunal Penal Institucional e o desenvolvimento do Direito Internacional. In: Faculdade de Direito de Coimbra e Goethe-Institut de Lisboa (Orgs.). *Direito penal Internacional para a Protecção dos Direitos Humanos*. Lisboa: Fim de Século, 2003, 92.

<sup>252</sup> COSTA, José de Faria. Tribunal Penal Internacional: um fio de esperança? Crimes contra a Humanidade, Tribunal Penal Internacional, O paradigma da ação executiva, Homenagem a Adelino da Palma Carlos. *Boletim da Ordem dos Advogados*. n. 21, jul./ago. Em outra obra, mas em sentido conclusivo à referência expressa no texto acima, o mesmo autor assevera que, embora “se esteja em uma situação em que

de condensar em uma síntese a verdadeira contribuição do Direito Penal Internacional, pode-se, talvez, resumir-se em dizer que ele deve voltar-se ao incremento de padrões mínimos interculturais para a vida em comum e para a instituição de mecanismos comuns de cooperação entre os países, ao invés de tentar servir de fundamento para um utópico Estado mundial protetor dos direitos humanos<sup>253</sup>.

Além das diversas dificuldades práticas, os tribunais internacionais – como qualquer instituição internacional – padecem do mal da falta de legitimidade democrática, já que, diferentemente dos Estados Nacionais, não são democraticamente fundados. Seu *deficit* de legitimidade e de controle democrático tornam de difícil aceitação a imposição de normas de conteúdo penal – essas, especialmente, pela rigorosa censura ética e pela previsão de penas de caráter corporal - ou processual penal que restrinjam direitos dos acusados<sup>254</sup>. A falta de credibilidade das cortes internacionais ganham enredo na circunstância de as mesmas terem sido desenvolvidas, principalmente, para a otimização da persecução penal em face dos crimes que afetam bens jurídicos internacionais, e não para a proteção internacional dos direitos dos investigados.

Na esteira do que leciona Figueiredo Dias, não se reconhece às instituições internacionais um verdadeiro *jus puniendi* positivo, pois as mesmas não detêm legitimidade para obrigar os Estados a punirem uma determinada conduta ou, muito menos, a concretizarem essa punibilidade diretamente. As instituições supranacionais, sempre que desejarem a imposição de uma sanção penal, terão que se valer de mecanismos de cooperação para, através dos mesmos, realizar tal intento “nos limites e no quadro de exigências do direito penal nacional”<sup>255</sup>. Identifica-se, assim, a necessidade de se

---

o Estado nacional já não é detentor, nem de longe nem de perto, das prerrogativas com que foi construído e pensado...não se vislumbram ainda os recortes nítidos, de uma qualquer outra instituição que o substitua ou faça as vezes do Estado” (COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, ano 9, n. 34, abr./jun., 2001. p. 21). Em outras palavras, mas em análogo sentimento, Caeiro: “as estrelas, na comunidade internacional, são ainda – e é bom que assim seja – os Estados, sejam quais forem as variações modernas do conceito de soberania. Os Estados... é que são a voz legítima dos povos na cena internacional” (CAEIRO, Pedro. “Tribunais Penais Internacionais: ‘etapas de um caminho’ ou ‘astros em constelação’? (Uma visão político-jurídica do Estatuto de Roma)” *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 10, 2002, p. 99-100).

<sup>253</sup> PAULUS, Andreas P. Do Direito dos Estados ao direito da Humanidade? A instituição de um Tribunal Penal Institucional e o desenvolvimento do Direito Internacional. In: Faculdade de Direito de Coimbra e Goethe-Institut de Lisboa (Orgs.). *Direito penal Internacional para a Protecção dos Direitos Humanos*. Lisboa: Fim de Século, 2003, p. 93.

<sup>254</sup> SIEBER, Ulrich. “*Mastering Complexity in the Global Cyberspace*”. In: M. Delmas-Marty/ M. Pieth/ U. Sieber (eds). *Les chemins de l’harmonisation pénale*. 2008, n. 10, p.407-13.

<sup>255</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral – Questões fundamentais – A doutrina Geral do Crime – Tomo I*. Coimbra editora, 2005, p. 12. Também essa restrição pesa sobre os Organismos

implementarem novas medidas e de se conceberem mecanismos conjuntos de cooperação entre os países com capacidade para assegurar a imposição de sanções por cometimento de crimes internacionais aos indivíduos responsáveis.

A necessidade de estabelecimento de métodos conjuntos de cooperação penal internacional surge, ainda, em razão da atual predisposição jurisdicionalizante do direito internacional moderno, principalmente, na área dos direitos humanos, cujos problemas identificados nos âmbitos internos dos Estados têm se mostrado de elevada gravidade e de pouquíssima resolução<sup>256</sup>. Enquanto prevalecerem indicações ideológicas, religiosas ou políticas localizadas, difícil será a concretude da paz e bem-estar social internacional. Em contraponto, ao se despertar para a verdade inarredável de necessidade de repressão conjunta e permanente dos crimes de repercussão internacional, através do implemento de mecanismos conjuntos de cooperação jurídica, garantida estará a continuidade da busca pelo ideal de justiça e a sedimentação de uma pacífica coabitação da sociedade internacional.

A necessidade concreta e urgente de se protegerem internacionalmente os direitos humanos, através da concessão de uma legitimidade institucional conjunta à

---

Supranacionais, tendo já Caeiro enfatizado que a Comunidade europeia é titular de um verdadeiro *jus non puniendi* autônomo, representativo de um efeito penal negativo do direito comunitário, não possuindo, entretanto, competência para criar legislação penal em sentido estrito, inexistência de uma competência penal da Comunidade. (CAEIRO, Pedro. *Perspectivas de Formação de um Direito Penal da União Européia*. RPCC 6, 1996, p. 190, 198 -199). Em outra obra, o mesmo autor assevera que a União Europeia não goza do poder de emanar normas penais com eficácia imediata, tendo apenas competência para impor aos Estados-Membros deveres de editar normas primárias e respectivas regras de aplicabilidade, possuindo, portanto, em matéria penal, uma jurisdição de segundo grau ou metajurisdição (CAEIRO, Pedro. *A jurisdição penal da União Europeia como metajurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais*. In: CORREIA, F. Alves; MACHADO, Jónatas E.M.; LOUREIRO, João Carlos(Org.) *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. G. Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 180). Entendendo consensual a formulação de que os tratados não conferem às instituições comunitárias o poder de legislar em matéria penal, tampouco de sancionar diretamente certas condutas com pens criminais: BOSCARRELLI, Marco. *Réflexions sur l'influence du droit communautaire sur le droit pénal des États membres' In: Droit communautaire et droit penal*, Giuffrè-Bruylant, 1981, p. 91. Apontando também o *juz puniendi* negativo da Comunidade Europeia: DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral, T. I, Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra. 2. Ed. 2007, p. 13; CAEIRO, Pedro. *Perspectivas de formação de um direito penal da União Européia*. In: RPCC 6, 1996, p. 190; e LEMOS, Miguel. *O Défice Democrático na União Europeia e o Direito Criminal*. Dissertação de Mestrado, 2007, p. 59 (Disponível em: <http://fd.uc.pt/ma/doc1.pdf>). Em sentido oposto, entendendo que existe base normativa para a adoção, através de regulamentos, de normas penais em sentido próprio, com incriminações e sanções diretamente aplicáveis, legitimando um direito penal verdadeiramente supranacional da UE: SATZGER, Helmut. *La internacionalización del Derecho penal como retopara el principio de determinación penal*, *Universidad de Munich*. Revista Penal, n. 21.—Enero 2008, p. 100; AMBOS, Kai. A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 2008, p. 41.

<sup>256</sup> Não se abrindo mão, aqui, da advertência de Fernanda Palma no sentido de que, tendo em vista as tendências de internacionalização do Direito, os primeiros tribunais internacionais deverão ser desde logo os tribunais internos (PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal Internacional - TPI e a perspectiva da África de língua oficial portuguesa*. Lisboa, jun. de 2015, p. 20).

comunidade internacional, justifica, atualmente, o implemento de uma estrutura convergente e harmonizada de cooperação penal internacional, haja vista, inclusive, os exemplos sem êxito dos tribunais penais internacionais. Aflora-se, assim, a ideia de criação de regras processuais comuns, fundadas na cooperação judicial entre os Estados, que possam superar a incapacidade dos ordenamentos jurídicos internos e do Tribunal Penal Internacional, conduzindo os Estados a punirem as transgressões cujos efeitos ultrapassam as fronteiras nacionais e atingem a sociedade internacional como um todo. Essa mudança faz-se, cada vez mais, presente e urgente, eis que “a comunidade internacional e os homens e mulheres, cidadãos e cidadãs daqui e de toda parte, merecem que o sentimento de respeito, de dignidade e de crença de que a barbárie não resta impune não seja só uma aspiração a cumprir no tempo fluido e vago das gerações futuras, mas, antes qualquer coisa, que a nossa geração pode fazer”<sup>257</sup>.

---

<sup>257</sup> COSTA, José de Faria. Tribunal Penal Internacional: um fio de esperança? Crimes contra a Humanidade, Tribunal Penal Internacional, O paradigma da ação executiva, *Boletim da Ordem dos Advogados*. n. 21, jul./ago.

**PARTE II**  
**COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL**

## CAPÍTULO 4

### OS DIREITOS HUMANOS COMO LIMITES MATERIAIS AOS DESAFIOS E PERSPECTIVAS COMUNS DE COOPERAÇÃO PENAL ENTRE OS PAÍSES

#### 4.1 – A necessidade de harmonização diante das desconformidades legislativas e o paradoxo entre o hipernormativismo e a hipossuficiência protetiva das regras garantidoras dos direitos humanos

No curso das últimas décadas, a preocupação com uma melhor proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana conduziu os Estados à adoção de convenções de caráter universal e regional<sup>258</sup>. A imensa maioria dos Estados contemporâneos tem assimilado a intenção, há décadas defendida pela comunidade internacional através de seus organismos universais e regionais, de priorizar e garantir o asseguramento dos direitos humanos em seu território, inclusive na medida em que isso é possível (princípio da jurisdição universal, acordos bilaterais ou multilaterais de cooperação jurídica, entre outros), também no território não compreendido em seu espaço de soberania<sup>259</sup>. Atesta-se, assim, no mundo contemporâneo, a postura da maioria dos países democráticos de, ao menos no plano da previsão normativa, perseguir a implementação dos direitos

---

<sup>258</sup> Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos apresentam-se, atualmente, apenas em três regiões do globo: na África, nas Américas e na Europa, já que, nos demais continentes, em que pese haver, eventualmente, organismos de integração regional, não há previsões normativas expressas em direção ao protecionismo humanitário. Na verdade, os sistemas regionais dessas três regiões estão inseridos, cada um, em um mais complexo sistema de integração regional, cujo âmbito de atuação é muitíssimo mais amplo, mas que, expressamente, inclui a proteção dos direitos humanos. No continente africano, o ator principal é a União Africana (UA); nas Américas, esse papel é exercido pela Organização dos Estados Americanos (OEA), enquanto, na Europa, é o Conselho da Europa (CE) que se firma na cúpula organizacional regional de proteção aos direitos humanos. Esses sistemas regionais são de acentuada importância já que, atentos às particularidades e significações locais, abrem a oportunidade de adoção de instrumentos de defesa humanitária mais adequados às condições e valores regionais, diversificação e flexibilidade essas que, não encontradas no sistema universal, devem sempre estar balizadas com a característica de universalidade dos direitos humanos. Os três sistemas regionais de direitos humanos, atualmente existentes, possuem, em comum, várias características, havendo também, por outro aspecto, algumas dissonâncias entre si. Para uma fácil e objetiva análise comparativa entre os três sistemas regionais de direitos humanos, ver: HEYNS, Christof. *Comparação Esquemática dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos: uma atualização*. African Human Rights Journal, v. 5, 2005, p. 308-320.

<sup>259</sup> No decorrer do século passado e no início do atual, diversos tratados internacionais foram assinados com o propósito de proteger os direitos dos homens de constantes e desmedidas agressões, tantas vezes vivenciadas durante esse período. Essa diversidade de tratados internacionais resultou em uma nova etapa na história da defesa internacional dos direitos humanos, pois gerou a identificação da falsa necessidade de criação de uma jurisdição penal internacional, institucionalizada através de um tribunal penal internacional permanente.

fundamentais dos cidadãos e, especialmente, buscar a salvaguarda, dentro da relação processual, do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>260</sup>.

O reconhecimento da necessidade de proteção desse dogma, aliás, já atingiu reflexos no cenário internacional, obtendo postura, portanto, de direito universal, antes mesmo da eclosão da Segunda Guerra Mundial, transcendendo, assim, há várias décadas, a silhueta de mera preocupação interna de cada Estado<sup>261</sup>. O Estado Democrático de Direito da pós-modernidade<sup>262</sup> depende do reconhecimento de direitos fundamentais que, preservando a dignidade da pessoa humana, permitam o estabelecimento de garantias às pessoas em razão do nexos que possuem com estes direitos<sup>263</sup>. Dessa maneira, essas garantias, por serem tão fundamentais, estão acima de quaisquer ideologias políticas e dos

---

<sup>260</sup> Tamanha é sua robustez fundamental, que o princípio da dignidade da pessoa humana, diz-se, representa “reduto último que deverá ser preservado pelo Estado” (COSTA, José de Faria. Breve panorâmica do funcionamento dos sistemas nacionais de proteção dos direitos humanos nos países de língua oficial portuguesa. Estabelecimento de Instituições Nacionais dos Direitos Humanos (INDH) em conformidade com os Princípios de Paris, realizado nos dias 23 e 24 de Out., Luanda., p. 1, disponível em: [http://josedefariacosta.webs.com/Luanda\\_24\\_de\\_outubro\\_Breve\\_Panoramica\\_do\\_funcionamento\\_dos\\_sistemas\\_nacionais\\_de\\_protecao\\_dos\\_direitos\\_humanos\\_nos\\_paises\\_de\\_lingua\\_oficial\\_portug.pdf](http://josedefariacosta.webs.com/Luanda_24_de_outubro_Breve_Panoramica_do_funcionamento_dos_sistemas_nacionais_de_protecao_dos_direitos_humanos_nos_paises_de_lingua_oficial_portug.pdf). Acesso em: 16 de mar. 2016), “princípio axiológico que preside a ordem jurídica de um Estado de Direito material” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Lições coligidas por Maria João Antunes. Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Policopiadas, 1088/89, p. 29-30), “supraprincípio” (NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 50) e “fonte de todos os demais direitos humanos” (CAMARGO, A. *Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção estatal no Estado Democrático de Direito*. In: SHECAIRA, S. *Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Editora Método, 2001, p. 74).

<sup>261</sup> Nesse sentido: “A comunidade internacional passou a reconhecer que a proteção dos direitos humanos constitui questão de legítimo interesse e preocupação internacional. Ao constituir tema de legítimo interesse internacional, os direitos humanos transcendem e extrapolam o domínio reservado do Estado ou a competência nacional exclusiva” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2006).

<sup>262</sup> Designação vulgar de contemporaneidade e que Faria Costa prefere referir como tardo-modernidade. (COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal* (Fragmenta Juris Poenalis). 2. ed. Coimbra Editora, 2009, p. 56 ). Em outra obra, o professor esmiúça seu posicionamento: “Assim, um dos nomes que alguns utilizam para dar serventia de qualificação ao nosso tempo é ‘tardo-moderno’. Outros enfileiram – aliás, a mais normal e também a mais difusa – pela expressão ‘pós-moderno’. Sem se querer dar demasiada importância aos nomes, pois estes são isso e só isso, nomes, e não querendo reinventar qualquer sopro teórico para o rejuvenescimento do nominalismo, sempre se poderá afirmar que nos parece ser mais consistente, neste contexto e para este efeito, o prefixo ‘tardo’ do que o prefixo ‘pós’. Pensamos que a nossa época só cronologicamente é que vem depois da modernidade. E isso é pouco para a definir. Somos pós-modernos, pois somos, da mesma forma que os renascentistas eram pós-medievais, mas que se saiba nunca ninguém quis definir o tempo renascentista como pós-medieval. Somos antes, por conseguinte, muito mais tardo-modernos do que pós-modernos, porquanto o que se está a viver é ainda uma modernidade que se mostra como tardia ou eventualmente já em ocaso mas, de qualquer maneira, ainda modernidade” (COSTA, José de Faria. *O Direito Penal, a Linguagem e o Mundo Globalizado, Babel ou Esperanto Universal?* in D’ÁVILLA, Fábio Roberto. *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências*, 8 e 9 de jun. 2009, EdiPUCRS, Porto Alegre, 2011, p. 12).

<sup>263</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV, 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p.89.

próprios textos constitucionais, em que se fazem expressamente presentes apenas por um reconhecimento do constituinte sobre sua existência<sup>264</sup>.

A representação dessa tendência - sem recuo - de preservação dos direitos humanos, expressa-se, em cada Estado, em uma vasta diversidade de opiniões jurisprudenciais, legislativas e doutrinárias<sup>265</sup>, a qual decorre, por razões óbvias, do multiculturalismo, que sempre diferenciará os caminhos de convencimento dos Estados - partes quando do cumprimento e exploração de suas obrigações contidas nos tratados internacionais de que são signatários<sup>266</sup>. O processo de coesão entre os países, cada vez mais, presente e crescente, justifica, ante as diversidades históricas, econômicas, socioculturais e políticas ainda maiores entre eles, um maior cuidado e regulamentação das normas internacionais disciplinadoras dos direitos humanos e, especialmente, do modo de aplicação e concretização de referidas normas no âmbito de cada país<sup>267</sup>. Essas desigualdades que diferenciam os Estados pertencentes à sociedade internacional acabam por tornar de difícil configuração um modelo genérico e universal que possa ser aplicado, de forma adequada e coerente, a todos os países membros dessa comunidade<sup>268</sup>.

---

<sup>264</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Poder Constituinte*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 50. Um Direito Penal legitimado nos direitos humanos deve se dirigir a homens de todas as culturas e não poderiam existir, de modo algum, no âmbito desse Direito Penal, diferenciações. Nesse sentido, segundo Hoffe, é difícil de se encontrarem culturas jurídicas que sejam tão diferentes em princípio de modo a não se conhecerem, em absoluto, delitos fundados na proteção dos direitos humanos sobre os quais o alcance do poder punitivo se estende. Ainda segundo o autor, aquele fato pelo qual nós nos empenhamos com afinco, também o encontramos em outras culturas e, especialmente, aquele fato por que nos indignamos também produz indignação em homens de outro lugar (HOFFE, Otfried. *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung - A Democracia na Era da Globalização* -, C. H. Beck, 1999, p. 107).

<sup>265</sup> São estas, nas palavras de Faria Costa, as três grandes narrativas do direito: a narração da lei, da jurisprudência e da doutrina. (COSTA, José de Faria. O Direito Penal, a Linguagem e o Mundo Globalizado, Babel ou Esperanto Universal? in D'ÁVILLA, Fábio Roberto. *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências*, 8 e 9 de jun. 2009, EdiPUCRS, Porto Alegre, 2011, p. 16).

<sup>266</sup> Nesse sentido, mas se referindo, precisamente, ao território europeu: “a defesa dos direitos fundamentais tem também uma clara e indelével dimensão comunitária...” (COSTA, Faria. *Tribunal Penal Internacional: um fio de esperança? Crimes contra a Humanidade, Tribunal penal Internacional, O paradigma da ação executiva, Homenagem a Adelino da Palma Carlos*, Boletim da Ordem dos Advogados, n. 21, jul-ago).

<sup>267</sup> A diversidade cultural e, principalmente, as divergências culturais ocidentais e não ocidentais, constituíam “o principal problema teórico confrontando a implementação global dos direitos humanos na véspera do século vinte e um”. (FREEMAN, Michael. *Direitos Humanos Universais e Particularidades Nacionais*. Fundação Alexandre Gusmão, Rio de Janeiro. Disponível em: [http://www.nevusp.org/downloads/down182\\_1.pdf](http://www.nevusp.org/downloads/down182_1.pdf). Acesso em: 02 de mai. 2012, às 19 hs).

<sup>268</sup> Essa dificuldade reporta-nos ao histórico e ainda não totalmente solvido debate do contraponto entre o universalismo dos direitos humanos e o relativismo cultural. Para as teorias relativista, cada comunidade deteria legitimidade para desenhar uma linguagem própria acerca dos direitos humanos (havendo, portanto, diferentes concepções de direitos humanos em culturas diversas), eis que a própria definição e delimitação dos direitos estão inflexivelmente enraizadas com o conjunto político, econômico, social e cultural presente em uma determinada coletividade. A própria configuração de uma ideia de direitos universais esbarraria no, cada vez mais, presente multiculturalismo que caracteriza os Estados-Membros da sociedade internacional



Assim, como meio necessário para que as cortes nacionais, tanto nos regimes jurídicos da *Common Law* e da *Civil Law*, quanto nos sistemas híbridos, enfrentem a estrutura criminosa transnacional, exige-se a atuação dessas cortes através de um sistema jurídico cooperativo entre os países, o qual possa impor um modelo de controle judicial coordenado em que os direitos humanos fundamentais restem prevaletentes ante à usual afirmação de poder estatal em face do indivíduo<sup>269</sup>. A referência diz respeito à necessidade de *intervenção judicial cooperada* na matéria, eis que a previsão formal, em regras legais, de direitos inalienáveis do homem em face dos quais não pode o Estado transgredir, tem uma remota história. Tendo surgido nos primeiros escritos medievais de direito natural e na opinião de filósofos renascentistas europeus, a já longa previsão de tais direitos, sem a real observância e aplicabilidade na prática<sup>270</sup>, parece evidente que a mera previsibilidade formal dos mecanismos internacionais e internos de salvaguardas dos referidos direitos devem, ainda, de alguma forma, progredir.

A relevância do tema se impulsiona, quando se revela que, em muitos países, já existe uma razoável gama de normas materiais e de procedimentos elaborados para a proteção dos direitos humanos, tanto através de normas internas quanto de normas internacionalmente assimiladas em seu ordenamento jurídico, mas, fundamentalmente, não

---

moderna, o qual, por sua tendência relativista, baseia-se na percepção de individualidade “de cada cultura e cada história, por seus próprios valores e concepções” (DELMAS-MARTY, Mireille. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores? In: CASSESE, Antônio. *Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça Penal Internacional?* São Paulo: Manole, 2004, p. 334). Diante desse contexto, a compreensão dos relativistas molda-se no sentido de que a busca da universalidade dos mecanismos de proteção dos direitos humanos representaria uma imposição do imperialismo cultural dos países ocidentais. Ressalte-se, aqui, em linha firme, que as diversidades culturais (relativismo) entre os países não podem servir de escusa para eventual desrespeito aos direitos e garantias humanas fundamentais. Há de ser ter em vista sempre o reconhecimento de valores comuns baseados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, ainda que inexistam instrumentos legais que se explique como adaptar tal universalismo teórico à diversidade de práticas nacionais ou como harmonizá-lo com a previsão do princípio da diversidade cultural, previsto nas duas Declarações da UNESCO. Diante do consenso dos 180 (cento e oitenta) Estados-Membros da Organização das Nações Unidas, signatários da Declaração, em conciliar, através do disposto no transcrito artigo 5º, o caráter universalista de tais direitos com as particularidades históricas, culturais, religiosas, econômicas e políticas dos países, a noção de direitos humanos universais não pode ser mais assimilada como uma injunção unilateral de alguns Estados ocidentais sobre a cultura dos outros, o que, de um certo modo, serviu para enfraquecer - mas não dissolver totalmente - o antigo impasse entre universalismo e relativismo.

<sup>269</sup> Nesse sentido, ver: MENON, P.K. *The International Personality of Individuals in International Law: A Broadening of the Traditional Doctrine*, 1 J. Transnat'l L. & Pol'y, 1992, p. 151, 154 e 155; YASUAKI, *Between Natural Rights of Man and Fundamental Rights of States, in Enlightenment, Rights and Revolution*, Neil MacCormick & Zenon Bankowski eds., 1989, p. 134, 135-140.

<sup>270</sup> Nesse aspecto, “o direito não é (não é direito) sem se manifestar na prática e como uma prática”. (CASTANHEIRA, Neves. O actual problema metodológico da realização do direito. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia*. v. III. Coimbra, 1991, p. 11; CASTANHEIRA, Neves. *Apontamentos de Metodologia Jurídica*. Coimbra, 1988-89, p. 22).

há mudanças nas circunstâncias de fato geradoras dos atentados humanitários, ante a ausência de políticas públicas voltadas para esse fim e também ante o não cumprimento e a falta de implementação das referidas normas<sup>271</sup>. Pese embora esse já antigo reconhecimento internacional e todos esses anos de evolução normativa em matéria de direitos humanos, a maioria dos Estados soberanos, ao invés de proceder à tutela desses direitos e à intolerância aos atentados em desfavor dos mesmos, promove, quase sempre, uma falsa, inútil e insuficiente democratização<sup>272</sup>.

Na maioria dos Estados, revela-se fundamental a mudança de postura no plano legislativo, dinamizando mecanismos legais de equilíbrio entre a persecução penal e seu viés internacional de cooperação entre os países e a proteção dos direitos humanos, partindo-se da inclusão normativa de regras que lhes sejam comuns, tanto no âmbito material (tipologia penal) quanto no âmbito processual (instrumento de cooperação internacional)<sup>273</sup>. Percebe-se que, atualmente, a falta de iniciativa procede, primeiramente, dos próprios países, individualmente considerados, já que, quando reunidos através de propostas determinadas em tratados internacionais – em que os próprios países que se quedam inertes são partes -, há uma clara disposição internacional em implementar uma adequada cooperação judicial internacional e, também, em assegurar a proteção dos

---

<sup>271</sup> Essa realidade torna perceptível a complexidade de se enquadrarem as convergências e de se emoldurarem as divergências entre os diversos ordenamentos jurídicos, para, em um segundo e ainda mais dificultoso plano, atingir-se um grau razoável de harmonização jurídica entre eles.

<sup>272</sup> Anos de omissão e de ausência de diligência por parte do poder público enfraquece, cada vez mais, os mecanismos de luta a ponto de, praticamente, impedi-lo de modelar sua vontade estatal em favor da salvaguarda dos direitos humanos. Cite-se, como exemplo contundente, os sistemas carcerários de execução de pena ao redor do mundo, onde, mesmo nas mais avançadas democracias, fazem parte de uma, cada vez mais, densa e assombrada história de marginalização, hostilização e ácida segregação dos socialmente ditos delinquentes. Se a cultura do encarceramento impulsiona a organização penitenciária contemporânea, transformando as prisões em verdadeiros “locais de despejos”, décadas de discursos políticos contraditórios e assimétricos, diante de um já antigo cenário de desgraça humana, caíram no vazio ao deixar, cada vez mais, caótica, a dinâmica de cumprimento de pena na maioria dos países. Deixe-se firme, assim, em discurso jurídico, e não político, que as instituições penitenciárias ao redor do mundo, por não cumprirem, há décadas, o seu papel reintegrador, ressocializador e de respeito mínimo às mais básicas condições de dignidade humana face à transbordante massa de reclusos, cerca em muros uma sociedade onde o direito não entra. Deixe-se claro, nessa argumentação, que aqui não se sugere e não se reivindica, nem de longe, a indulgente abolição do sistema prisional, conforme propõe HULSMAN em seu “Penas Perdidas” (HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline, Bernat. *Peines Perdues, Le Système Penal en Question*, Paris, Centurion, 1982).

<sup>273</sup> Aponta-se inclusive como fundamento a embasar a revisão dos métodos tradicionais de comunicação entre autoridades estrangeiras, o padrão normativo internacional dos direitos humanos, ao se entender que o processo de harmonização ou de equivalência dos direitos humanos, no plano universal, habilita as mudanças pretendidas em vista das condições ideais, a partir das quais os Estados podem perfeitamente confiar uns nos outros mais intensamente. Nesse sentido, são as palavras de: BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. 2010, p. 142. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 136. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-101628/>>. Acesso em: 16 mar. 2016).

direitos humanos individuais quando da perfectibilidade desse intento. Nesse contexto, refiro-me aos diversos tratados internacionais que, visando a implementar instrumentos de cooperação internacional em matéria penal, trazem, em seus mandamentos normativos, regras de proteção e garantia de direitos humanos individuais.

Como exemplos paradigmáticos, pode-se citar o art. 11, 1, da Convenção Europeia para Assistência Mútua em Matéria Criminal, que prevê a possibilidade de transferência temporária de custodiados que queiram comparecer como testemunha ou com o propósito de delação e, ainda, exige o consentimento da pessoa sob custódia para a realização de qualquer ato de transferência; o art. 12, também da Convenção Europeia para Assistência Mútua em Matéria Criminal, cujo teor traz a previsão de um salvo-conduto para testemunhas, ao proibir a persecução, detenção ou qualquer outra restrição de liberdade à testemunha que comparecer perante o país requisitante, no que se refere a todos os atos praticados antes de sua partida ao país requisitante; o art. 8 da mesma Convenção, o qual traz a garantia para a testemunha ou o perito de não cumprir a intimação judicial encaminhada por outro Estado que não o de sua moradia, mesmo que essa intimação seja expedida com a imposição de penalidade pelo não cumprimento, salvo se entrar voluntariamente no território do Estado requisitante e seja, novamente, intimado; o art. 37 da Convenção Europeia para a Validade Internacional dos Julgamentos Criminais<sup>274</sup>, que prevê que a sanção imposta por decisão de um determinado Estado só pode ser executada em outro Estado se este decidir por tal cumprimento<sup>275</sup>; o art. 39 da mesma Convenção Europeia para a Validade Internacional dos Julgamentos Criminais, que traz o direito do sentenciado de se manifestar antes de qualquer decisão exarada em seu desfavor, dando-lhe, ainda, o direito de ser ouvido pessoalmente sobre o caso.

Outros exemplos de tratados de cooperação que trazem, em seu conteúdo, normas protetivas de direitos humanos, são os seguintes: art. 17 da Convenção Europeia para Transferência de Procedimentos Criminais, que garante ao suspeito contra o qual

---

<sup>274</sup> Cumpre salientar, por relevante, que, no que se refere ao art. 37 Convenção Europeia para a Validade Internacional dos Julgamentos Criminais, acima referido, a segunda decisão (dada pelo Estado requerido) deve ser, de mera homologação, eis que, caso contrário, dificultaria, ao invés de auxiliar, o cumprimento das decisões judiciais estrangeiras, indo de encontro à tendência mundial e ao próprio entendimento esposado na presente tese de doutoramento, que deve sempre convergir pela desburocratização dos mecanismos de cooperação penal internacional.

<sup>275</sup> Sobre a validade desse mesmo direito perante as cortes internacionais, ver: SCHABAS, William A. *In: Absentia Proceedings before International Criminal Courts*. In: Göran Sluiter and Sergey Vasiliev (Eds.), *International Criminal Procedure – Towards a Coherent Body of Law* (Campden House: Cameron may 2009), p. 380; GAETA, Paola. *'To Be (Present) or Not To Be (Present) - Trials in Absentia before the Special Tribunal for Lebanon'*, 5 *JICJ*, 2007, p. 165 e segs.

houver procedimento criminal instaurado o direito de ser ouvido, no caso de requisição de transferência de procedimento criminal de um Estado para outro, antes do pronunciamento de deferimento ou não do pedido de transferência por parte do Estado requisitado; o art. 7 da Convenção Europeia para Transferência de Pessoas Sentenciadas, o qual requer do Estado sentenciante o asseguramento de que estão sendo transferidas e deram seu consentimento voluntário, e de que as mesmas tiveram pleno conhecimento das consequências legais de sua transferência, e os arts. 35, 36 e 37 da Convenção Europeia para Transferência de Procedimentos Criminais e seus similares arts. 53, 54 e 55 da Convenção Europeia para a Validade Internacional dos Julgamentos Criminais, cujos dispositivos trazem exaustiva previsão da garantia do *ne bis in idem*.

Também o Estatuto de Roma, tratado internacional que criou e regulamentou a atuação do Tribunal Penal Internacional e que contém, como um de seus mecanismos de jurisdição, a cooperação penal internacional entre os países e o Tribunal<sup>276</sup> prevê, entre seus dispositivos, inúmeras previsões de normas de garantia e defesa dos direitos humanos, bastando citar, exemplificativamente, os seguintes: *ne bis in idem* (art. 20), *nullum crimen sine lege* (art. 22), *nulla poena sine lege* (art. 23), não retroatividade *ratione personae* (art. 24), responsabilidade criminal individual (art. 25), exclusão da jurisdição relativamente a menores de 18 anos (art. 26), presunção de inocência (art. 66), além de diversos outros direitos previstos em defesa do arguido (art. 67).

Importa especialmente asseverar, neste tópico, que esses diversos exemplos bem representam a acepção, atualmente presente nos mecanismos internacionais de cooperação criminal interestatais, de sempre barganhar e de proteger direitos e garantias individuais, quando da execução de tratados regulatórios de procedimentos cooperatórios entre Estados. A previsão expressa de respeito aos direitos humanos tem sido uma regra, cada vez mais, presente nos novos instrumentos internacionais de cooperação em matéria criminal<sup>277</sup>, muito embora tenha ficado demonstrado, em todo transcorrer dessa evolução

---

<sup>276</sup> Veja-se, quanto a este ponto, o expresso no art. 86, que cria uma cláusula de obrigação geral de cooperação internacional ao estabelecer que “os Estados Partes deverão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste”.

<sup>277</sup> Nesse sentido: *International Review of Penal Law, The Regionalization of International Criminal Law and Protection of Human Rights in International Cooperation in Criminal Proceedings, Preparatory Colloquium, Section IV*, Helsinki, Finlândia, 2-6 set. 1992, *Association Internationale de Droit Penale*, 65º anée – nouvelle série, 1º e 2º trimestres de 1994, Érès, p. 107-108.

normativa, a ineficiência de tais normas, devido às imprecisões e assincronias entre os sistemas normativos.

Apesar da pluralidade de acordos internacionais e supranacionais assinados com a finalidade de proteção dos direitos humanos – os quais visam a assegurar tanto a impunidade dos crimes atentatórios a tais direitos, quanto a proteção dos direitos fundamentais dos acusados -, o sistema internacional de proteção revela, na prática, muitas imperfeições que o condenam, diferentemente de seu propósito, à ineficácia. Em que pese todos os compromissos internacionais que obrigam os Estados à salvaguarda dos direitos humanos fundamentais, falhas decorrentes da aplicação desarmonizada dos procedimentos de cooperação penal internacional entre os países, além de, por um aspecto, tornarem ineficaz a imposição de penas por cometimento de crimes internacionais, também desamparam os sujeitos passivos desse procedimento cooperatório, eis que estes passam a enfrentar um ou mais procedimentos embasados em regras severamente dessemelhantes, sem operabilidade de certos direitos já assumidos em determinados ordenamentos jurídicos.

Há, deveras, negatividades em face dos direitos humanos que podem surgir com a submissão de um acusado à jurisdição de ordens jurídicas diversas sem uma adequada aproximação dos respectivos mecanismos jurídicos de cooperação penal internacional. Essa afetação de direitos fundamentais, a partir da cooperação desuniforme de sistemas penais nacionais, está relacionada, especialmente, à aplicação de uma das leis estrangeiras – a qual pode ser mais rígida para o investigado – quando haja, na persecução penal, diferentes sistemas jurídicos de direito material ou processual com diversas disposições penais, processuais penais ou de execução penal<sup>278</sup>. Quanto a tais aspectos, por exemplo, podem-se citar diversos institutos que visam a preservar fundamentalmente a situação jurídica do investigado/condenado, mas que, na prática, são de restritíssima usabilidade, tendo em vista as dissonâncias entre os ordenamentos, quais sejam: a transferência de procedimentos criminais, a transferência de presos, a amplitude da prova defensiva, o devido processo legal, o duplo contraditório, entre outros. No que se refere à

---

<sup>278</sup> Quanto à possibilidade de agravamento da posição jurídica do investigado, em virtude da aplicação da lei estrangeira poder decorrer não apenas de um direito material mais severo, mas também de mais restritos mecanismos de proteção processual ou de piores condições de execução da pena, ver: SIEBER, Ulrich. *O Futuro do Direito Penal europeu – Uma nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu*. In: *Que futuro para o direito processual penal? Simp.* em hom. a Figueiredo Dias. Coimbra Editora, 2009, p. 471.

proteção dos direitos humanos, pois há, paradoxalmente, excesso de normas protetivas e carência de sua efetividade.

Verdadeiramente, mesmo com a concepção de modelos internos e multilaterais de cooperação por parte de muitos Estados, esses sistemas enfrentam um obstáculo de difícil transposição: a desconformidade normativa entre os diversos ordenamentos jurídicos, ao mesmo tempo em que diminui a segurança jurídica e as garantias do cidadão investigado, contribui para a ineficiência da persecução penal<sup>279</sup>. Quanto ao primeiro e mais relevante aspecto, o malferimento dos direitos do arguido decorrentes das desconformidades normativas entre os Estados pode ser identificado, apenas a título exemplificativo, nas seguintes situações: 1) quando o acusado é penalmente processado por um ordenamento jurídico que alberga tipos penais mais rígidos do que os previstos em seu Estados de origem<sup>280</sup>; 2) quando o Estado requerente tenta obter a colaboração de um outro Estado para processar criminalmente uma conduta considerada atípica no Estado requerido; 3) quando o Estado solicitante intenta impor ao Estado solicitado a concretização de qualquer providência investigativa ou processual não admitidas no ordenamento jurídico deste último; 4) quando os elementos probatórios são colhidos de forma não permitida por um ou outro Estado<sup>281</sup>; 5) quando a medida investigativa ou processual foi solicitada por uma autoridade que seria absolutamente incompetente para proferir o mesmo ato no Estado requerido<sup>282</sup>.

Há várias outras negatividades em face dos direitos humanos que podem surgir com a coordenação de diversas ordens jurídicas através da concretização de mecanismos jurídicos de cooperação penal internacional. Essa afetação de direitos fundamentais, a partir da cooperação de sistemas penais nacionais, está relacionada,

---

<sup>279</sup> Nesse sentido, se, por exemplo, o reconhecimento de uma sentença estrangeira é prejudicado por conta das diferenças normativas, macula-se a eficácia da cooperação. Por outra via, se as diversidades normativas são completamente desconsideradas com base em um reconhecimento total em favor do procedimento cooperativo, lesionam-se, em contraponto, as garantias fundamentais do investigado. O reconhecimento mútuo em bases normativas diferentes faz colidir inevitavelmente o interesse em uma aplicação eficaz da norma com os direitos fundamentais do arguido. Nessa exata linha: SIEBER, Ulrich. *O Futuro do Direito Penal europeu – Uma nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu*. In: *Que futuro para o direito processual penal? Simp.* em hom. a Figueiredo Dias. Coimbra Editora, 2009, p. 485.

<sup>280</sup> No caso em que A. Lamassoure, citado por Caeiro, convencionou chamar de “coexistência de sistemas penais de alta e baixa pressão” (CAEIRO, Pedro. *Perspectivas de Formação de um Direito Penal da União Europeia*, In *RPCC* 6, 1996, p. 204).

<sup>281</sup> SIEBER, Ulrich. *Op. Cit.*, p. 485.

<sup>282</sup> Conforme será visto, a demora na transmissão e concretização dos pedidos de cooperação traz prejuízos inclusive para os sujeitos passivos da investigação.

especialmente, à aplicação de uma das leis estrangeiras – a qual pode ser mais rígida para o investigado – quando haja, na persecução penal, diferentes sistemas jurídicos de direito material ou processual com diferentes disposições penais, processuais penais ou, até mesmo, de execução penal<sup>283</sup>. Também de alta complexidade resolutória mostra-se a hipótese do indivíduo que é perseguido processualmente pelo seu próprio Estado de origem, mas, a partir de elementos de prova obtidos – através de mecanismos de cooperação - em um ordenamento jurídico de Estado diverso do seu, tenha tido alguma diminuição ou restrição em seu regime jurídico processual. Verdadeiramente, para além de um regramento material mais rígido, a legislação penal de um dos países participantes do procedimento de cooperação pode ter um padrão processual de proteção de direitos fundamentais mais deficiente, bem como um regramento de execução da pena mais

---

<sup>283</sup> Quanto à possibilidade de agravamento da posição jurídica do investigado, em virtude da aplicação da lei estrangeira poder decorrer não apenas de um direito material mais severo, mas também de mais restritos mecanismos de proteção processual ou de piores condições de execução da pena, ver: SIEBER, Ulrich, O Futuro do Direito Penal europeu – Uma nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu. In: “Que futuro para o direito processual penal?”, Coimbra Editora, 2009, p. 471. No que se refere a tal aspecto, diga-se que os sistemas penais não podem desconhecer as consequências empíricas da condenação do acusado, sempre negativamente desenhadas na fase de execução da pena. O interesse estatal – e aqui me refiro aos três âmbitos de poderes: legislativo, judiciário e executivo – não pode se resumir à imposição normativa de sanções em desfavor do considerado responsável pelo fato delituoso, mas deve ir ao ponto de conseguir eficazmente não apenas perseguir e condenar, mas sim, também executar a pena, em todas as suas fases. Nesse sentido: “*Si por “efectividad” del Derecho penal se entiende no la represión directa del delito, sino la motivación de los ciudadanos y la configuración de una mentalidad respetuosa de los derechos fundamentales, los principios valorativos que informan la formalización constituyen un elemento fundamental dentro de las misiones que tiene que cumplir el Derecho penal material en su conjunto, no sólo en su vertiente de Derecho penal material, sino también en su fase procesal penal y ejecutiva o penitenciaria*” (CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfred. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valência: Ed. Tirant lo blanch. 1989, p. 22). O sistema penal não pode estar orientado apenas a decisões justas, se estas, posteriormente, não gerarem, em sua consequência empírica, justas execuções, já que é exatamente na última fase, a de execução, em que o direito penal será verdadeiramente sentido. Nessa linha de entendimento é a afirmação de Hassemer: “*Na execução mostram-se os efeitos do direito penal – da ameaça da pena, passando pela sentença condenatória, até as realidades da pena – de forma concentrada, projectam-se e exibem-se os sofrimentos que o direito penal inflige; no seu estudo deveria, necessariamente, ser possível a exacta aferição dos efeitos recuperadores sobre os quais assenta este tipo de tutela penal*”. Ainda segundo o mesmo autor, é especialmente na execução penal que “*o direito penal e a sociedade de uma época se encontram em osmose*” (HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais*. Associação acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998, p. 59). Descortina-se, assim, a existência de um *sistema penal pela metade*, onde possíveis decisões justas resultam em efeitos injustos e inadequados, no sentido de não mais permitirem qualquer resquício de ressocialização. Assim é que, em vez de um reabilitado, equilibrado, resignado e apto a alguma ocupação – como sonham os que esperam por um efeito ressocializador das prisões -, o réu, sujeito passivo da execução penal, torna-se um sujeito arruinado em sua estrutura física e moral, desvairado, intemperante e completamente insubmisso às normas sociais de boa convivência. Nesse sentido, “por mais hediondo e inimagináveis os crimes praticados – alguns eventualmente perto da realização do ‘mal absoluto’ – os seus autores, nisso se consolidando precisamente a diferença e legitimidade ética da instância julgadora, não podem deixar de ser considerados como homens” (COSTA, José de Faria. *Tribunal Penal Internacional: um fio de esperança?*. Crimes contra a Humanidade, Tribunal Penal Internacional, O paradigma da ação executiva, Homenagem a Adelino da Palma Carlos. *Boletim da Ordem dos Advogados*. n. 21, jul./ago).

deficitário, desfavorecendo a posição jurídica do investigado e, conseqüentemente, afetando seus direitos fundamentais.

Já a ineficiência da persecução penal advinda da diversidade normativa entre os ordenamentos jurídicos é traduzida nos entraves impostos pelos diversos países para a continuidade do procedimento cooperativo. Nesse sentido, segundo a conclusão expendida em relatórios de duas Comissões da União Europeia, as regras de exclusão à cooperação justificadas nas disparidades normativas impedem a persecução penal de crimes transnacionais de modo eficiente<sup>284</sup>. Segundo aduz Sieber, as disparidades entre os sistemas jurídicos penais nacionais são como “areia na engrenagem” da cooperação penal internacional, tanto no que se refere à proteção dos interesses de liberdade do arguido quanto na salvaguarda dos interesses de persecução estatal<sup>285</sup>. Assim, as diversas falhas e insuficiências dos sistemas internos de persecução a crimes transacionais e dos atuais modelos de cooperação existentes prendem-se, principalmente, às diferenças normativas entre os diversos ordenamentos e aos diferenciados modelos de cooperação aos quais os países estão vinculados. E à luz de uma visão garantidora dos direitos e garantias processuais dos acusados, vê-se explícita a insuficiência do sistema tradicional de prevenção às infrações internacionais tendo em vista as indissolúveis diferenças normativas entre os sistemas jurídicos<sup>286</sup>.

Se é certo que essas previsões protetivas dos direitos humanos carecem de melhor concretização, sua positivação, em instrumentos internacionais vinculantes “facilitou a incorporação em suas constituições nacionais, reduzindo bastante as margens de assincronia entre ambos os ordenamentos”<sup>287</sup>. Não resta dúvida, assim, que a maioria dos Estados modernos incorporou, em seus ordenamentos constitucionais, as previsões normativas internacionais de respeito aos direitos humanos, as quais simbolizam

---

<sup>284</sup> Relatório da Comissão sobre o Mandado de Detenção Europeu e os processos de Entrega entre Estados-Membros, COM, 2005, 63. P. 06; Relatório da Comissão sobre Transposição da Decisão-quadro sobre o Mandado de Detenção Europeu desde 2005, COM, 2007, 407, p. 04.

<sup>285</sup> SIEBER, Ulrich, O Futuro do Direito Penal europeu – Uma nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu, in “Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias”, Coimbra Editora, 2009, p. 485.

<sup>286</sup> Verdadeiramente, apesar de toda a preocupação da comunidade internacional no sentido de implementar normas endereçadas à repressão da criminalidade organizada transfronteiriça, o aumento vertiginoso dessa criminalidade leva à conclusão infofismável de insuficiência do atual sistema de responsabilidade penal.

<sup>287</sup> CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado – O caso Português*, Wolters Kluwer Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 42- 43.



“patamares mínimos dos valores fundamentais de uma sociedade aberta e plural”<sup>288</sup>, fato que serviu, em um primeiro momento, para aproximar os sistemas. Essa conclusão tem forte significação para o presente trabalho, o qual, pretendendo uniformizar certos tipos penais e a forma como os Estados se intercomunicam na persecução penal em desfavor de tais delitos, representaria barreira intransponível a não previsão também uniforme das regras protetivas de direitos humanos. Estando essas, portanto, assentemente previstas nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, oferece-se e se viabiliza, assim, o cenário próprio para a propositura das sugestões que representam o objeto desta Tese, as quais permitirão, conseqüentemente, também uma utilidade das atuais normas protetivas de direitos humanos correlacionadas aos procedimentos de cooperação penal internacional, que passarão a ter um tratamento uniforme por parte dos Estados<sup>289</sup>.

Entende-se, aqui, firmemente, que as dessemelhanças, nos ordenamentos jurídicos, relativamente a determinados fatos típicos e especialmente no que se refere aos mecanismos de cooperação penal internacional, trazem conseqüências negativas não apenas para a persecução penal do Estado, deixando impunes diversas situações de atentados aos direitos humanos, mas também em diversas outras situações, para os direitos fundamentais relativos às garantias processuais dos investigados. O propósito que será posto como sugestão do presente trabalho, de harmonização normativa e de uniformização de um instrumento de cooperação penal internacional, pois, servirá de controle das divergências entre os sistemas, permitindo uma maior proteção dos interesses do Estado e também do investigado, interesses esses sempre sujeitos às mais diversas nuances e especificidades previstas nos diversos ordenamentos.

---

<sup>288</sup> Conforme referido por Faria Costa In: COSTA, José de Faria. Breve panorâmica do funcionamento dos sistemas nacionais de proteção dos direitos humanos nos países de língua oficial portuguesa. Seminário INDH em conformidade com os Princípios de Paris, realizado nos dias 23 e 24 de Out., em Luanda., p. 1. Disponível em: [http://josedefariacosta.webs.com/Luanda\\_24\\_de\\_outubro\\_Breve\\_Panoramica\\_do\\_funcionamento\\_dos\\_sistemas\\_nacionais\\_de\\_protecao\\_dos\\_direitos\\_humanos\\_nos\\_paises\\_de\\_lingua\\_oficial\\_portug.pdf](http://josedefariacosta.webs.com/Luanda_24_de_outubro_Breve_Panoramica_do_funcionamento_dos_sistemas_nacionais_de_protecao_dos_direitos_humanos_nos_paises_de_lingua_oficial_portug.pdf). Acesso em 16 mar.2016.

<sup>289</sup> Sem dúvida, o processo de internacionalização dos direitos humanos produz um horizonte mais adequado à cooperação, ao naturalmente incentivar e reforçar a confiança mútua entre os Estados. Nesse contexto, se os Estados assimilam os mesmos mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos, preveem em suas normas constitucionais, os valores tidos como universais e tentam cumprir o propósito o qual se obrigaram de responsabilizar os responsáveis pelos atos atentatórios a tais direitos, evidencia-se tautologicamente a necessidade de bem sistematizarem as relações entre si e de fazerem operar mecanismos eficientes e conjuntos de cooperação penal internacional (BECHARA, R. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*: eficácia da prova produzida no exterior, 2010, p. 142. Tese (Doutorado em Direito Processual) - USP. São Paulo, 2010, p. 136. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-101628/>>. Acesso em: 16 Mar.2016).

Assim, firme-se como uma das premissas do presente estudo que toda essa problemática acima desenvolvida apresenta-se não por conta da instrumentalização, *per si*, dos métodos de cooperação entre os países, mas sim pelo fato de tais métodos estarem sendo implementados, nos dias de hoje, à luz de bases normativas completamente diferenciadas entre os países, especialmente se se levam em consideração países de tradições jurídicas diferentes, como são os casos das aqui analisadas famílias jurídicas da *Common Law* e *Civil Law*. Se é verdade que a cooperação internacional pode conduzir à medidas de constrição que restrinjam, por vezes, gravemente, a liberdade pessoal, não é menos evidente que a aplicação uniforme de regras cooperativas entre os países otimizaria também a situação jurídica do envolvido, que não estaria submetido a regras eventualmente mais rigorosas por parte de um dos sistemas jurídicos e teria à disposição o uso de institutos não previstos, por exemplo, em seu ordenamento de origem.

Por isso, buscando evitar conflitos jurisdicionais complexos e mal resolvidos e, especialmente, consequências jurídicas negativas aos direitos fundamentais do investigado, como os ora expostos, é que a solução para tais conflitos jurídicos passa, realmente, pela busca de mecanismos de harmonização entre os diversos ordenamentos jurídicos. A constituição de elementos normativos mínimos de determinados injustos penais internacionais e a criação de um instrumento uniforme de cooperação penal internacional entre os diversos países (propósito primordial, desvelado e terminante da presente Tese, como se verá mais à frente) ensejará o estabelecimento de critérios legais e jurídicos que aproximem a aplicação pelos Estados cooperantes e cooperados das regras protetivas aos direitos humanos fundamentais, prevenindo, assim, as controvérsias tradicionalmente ocorridas entre as Cortes dos diversos países. A referida harmonização contribuirá para que, nos procedimentos de cooperação penal internacional, haja fiel consideração da relevância da proteção dos direitos humanos fundamentais, no sentido de a aplicação do direito penal estrangeiro – viabilizado por mecanismos de cooperação – não poder gerar uma afetação negativa aos direitos fundamentais do investigado.

## 4.2 - A proteção dos direitos humanos como referência axiológico-normativa e limite material dos procedimentos criminais de cooperação internacional e paradigma penal de legitimação democrática do processo de harmonização

A ampliação dos direitos humanos é um fenômeno que vem acompanhando o processo de massificação social e o próprio desenvolvimento social das comunidades, tendo o direito penal historicamente se revelado como um instrumento essencial para a consolidação e efetivação desses direitos. Em muitos países, os tribunais têm se confrontado com questões que envolvem a aplicação de normas de direitos humanos fundamentais<sup>290</sup> e a aplicação de convênios e tratados de cooperação internacional em matéria criminal. Na seara específica que interessa a este trabalho, o grau de preocupação com a proteção humanitária, quando do cumprimento de normas criminais de cooperação internacional, é particularmente relevante. Conforme já visto no ponto anterior, a proteção e a promoção dos direitos humanos são conceitos de especial importância, quando do implemento da dinâmica de cooperação penal internacional. Nesse sentido, convém deixar firme que os direitos humanos sempre representarão limites aos desafios e perspectivas comuns de cooperação penal em seu aspecto processual e material entre os países<sup>291</sup>.

O respeito a tais direitos constitui, na visão de Caeiro, um dos “núcleos de irradiação normativa jurídico-internacional que impõem limites genéricos à ação do Estado”<sup>292</sup>. A própria essência dos textos da Declaração Universal dos Direitos do Homem,

---

<sup>290</sup> De sua configuração como fundamental, a partir de tais direitos, emanam as seguintes características, segundo pontuação de Alexy: trata-se de direito universal, de maneira que sua titularidade pertence a todos os seres humanos, sem distinção; é um direito moral, na medida em que sua validade independe de qualquer ato de prévia positivação; é um direito preferencial, pois exige o direito à sua própria concretização e tutela, através do direito positivo estatal (ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 217, 1999, p. 55-66).

<sup>291</sup> Segundo Faria Costa, “uma das funções que, em teia de complementaridade, se agrega à função primacial do direito penal – como se viu, a proteção de bens jurídicos – é a vertente de garantia, constituindo ainda uma barreira à tendência centrípeta de esmagamento que o poder do Estado sempre desenvolve em face dos direitos fundamentais da pessoa humana”. Ainda segundo o autor, “o direito penal é uma garantia, uma verdadeira ordem de liberdade”. Embora constituindo “a manifestação primeira de poder punitivo do Estado, como tal uma ordem de repressão, o direito penal é também, por paradoxal que pareça... a afirmação inequívoca do espaço de liberdade de cada um” (COSTA, José de Faria. *Direito penal especial* (Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 67). Nesse contexto, para Feuerbach, comete crime aquele que lesiona a liberdade garantida pelo contrato social e assegurada pelas leis penais (FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 55).

<sup>292</sup> O segundo núcleo seria, na visão do autor, “o dever de não ingerência imposto pela carta das Nações Unidas” (CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado – O caso Português*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 353).

da Convenção Europeia de Direitos Humanos e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos exige a proteção dos direitos fundamentais do homem como primado a ser exigido nos procedimentos de cooperação internacional<sup>293</sup>. Essa preocupação faz-se, aqui, muito presente e relevante, porque o desenvolvimento de um mecanismo de cooperação penal internacional, ao menos em princípio, pode conduzir à redução da proteção universalmente reservada aos direitos fundamentais.

O debate jurídico torna-se de especial relevância quando se percebe que o atendimento às obrigações internacionais impostas em tratados de cooperação penal internacional requer a assistência de Estados que não assimilaram essas mesmas obrigações internacionalmente. Basta citar o exemplo dos Estados Unidos da América, país não signatário do Estatuto de Roma, que regulamenta o funcionamento do Tribunal Penal Internacional. Além disso, como outro exemplo, cite-se a situação hipotética em que haja um conflito entre as disposições contidas em uma convenção bilateral de cooperação interestados e um tratado internacional multilateral concretizado com os mesmos propósitos, mas que traga, em seu arcabouço, diretrizes de defesa dos direitos humanos.

Há, ainda, a possibilidade da hipótese fática e jurídica de conflito envolver, ao mesmo tempo, vários desses complicadores descritos nos parágrafos anteriores, o que torna, ainda mais, complexo o deslinde da questão. No caso *Soering v. Reino Unido*, sob os auspícios da Corte Europeia de Direitos Humanos, a situação detinha diversos fatores dificultadores dentro desse embate entre persecução penal (cooperação jurídica internacional) e proteção dos direitos e garantias fundamentais<sup>294</sup>. Pelas normas do Tratado

---

<sup>293</sup> A Carta das Nações Unidas impõe, como um dos propósitos principais da referida Organização, a busca por uma “cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos” (Art. 1º, 3, da Carta das Nações Unidas).

<sup>294</sup> No caso da União Europeia, aliás, o protecionismo da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos vai ao ponto de impor, como baliza à cooperação, a mera “ofensa indireta” dos direitos e garantias fundamentais. No caso *Soering v. Reino Unido*, a Corte Europeia de Direitos Humanos condenou a Inglaterra por infringência do art. 3º da Convenção Europeia de Proteção aos Direitos Humanos, devido ao fato de a Corte Britânica ter concedido a extradição de Soering mesmo diante do risco real de que o extraditando fosse exposto à violação dos seus direitos humanos por parte do país solicitante (Estados Unidos). Segundo a Corte Europeia, havendo fundado receio de violação das normas protetivas de direitos humanos, deve o Estado europeu cooperante negar a colaboração judicial pretendida pelo Estado cooperado, seja qual for, já que isso representaria violação indireta dos direitos humanos. (*Court, Plenary, Case of Soering v. The United Kingdom, Application no. 14038/88, Judgment Strasbourg*. Disponível em: <http://www.ilsa.org/jessup/jessup09/basicmats/soering.pdf>. Acesso em: 21 de out. 2011, às 21:00 hs). A Suprema Corte brasileira, embora sem falar tecnicamente em “violação indireta”, decidiu no mesmo sentido da Corte Europeia, ao impedir a concessão de extradição, quando o país requisitante não for capaz de proteger os direitos e as garantias individuais do extraditando: [...] O extraditando assume, no processo extradicional, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade há de ser preservada pelo

Europeu de Extradução, havia a plena possibilidade de extradição de Soering sem a exigência de garantia de comutação da pena de morte para pena de outra espécie<sup>295</sup>. Ainda havia três fatores a tornar embaraçada a questão: a Inglaterra não havia assinado o 2º Protocolo do Convênio Europeu de Direitos Humanos relativo à abolição da pena de morte, o crime fora cometido em território não compreendido no espaço europeu e, ainda, o direito a ser aplicado era, inegavelmente, o de país não pertencente a território europeu, o que excluía a eventual alegação de competência concorrente devido à suposta incidência de extraterritorialidade<sup>296</sup>. A Corte, entretanto, em um grande esforço hermenêutico, considerou que a extradição afetaria o direito do extraditando de não sofrer tratamento desumano ou degradante (art. 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos), já que considerou que, o só fato de aguardar a execução da pena capital o submeteria a cruel castigo psíquico inerente àqueles que estão à espera da execução de sua pena no corredor da morte (*death row phenomenon*<sup>297</sup>).

O referido precedente da Corte Europeia, considerado *leading case* nos casos de confronto entre normas de tratados de cooperação judicial e de tratados de Direitos Humanos, gera impacto direto na interpretação das normas de cooperação

---

Estado a que foi dirigido o pedido de extradição (o Brasil, no caso). - O Supremo Tribunal Federal não deve autorizar a extradição, se se demonstrar que o ordenamento jurídico do Estado estrangeiro que a requer não se revela capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, os direitos básicos que resultam do postulado do *due process of Law*. Demonstração, no caso, de que o regime político que informa as instituições do Estado requerente reveste-se de caráter democrático, assegurador das liberdades públicas fundamentais (Ext. 1074 / RFA – República Federal da Alemanha, Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 27/03/2008).

<sup>295</sup> Não havia ressalva quanto à pena aplicável aos delitos extraditáveis, tampouco o direito interno ou a ordem pública internacional obstaculizavam a concessão de extradição, mesmo em caso em que a pessoa demandada fosse passível de pena de morte no Estado requerente. Sobre o regime atual da comutação da pena de morte no contexto europeu e, especialmente, no ordenamento português, ver, por todos: CAEIRO, Pedro. Proibições constitucionais de extraditar em função da pena aplicável (o estatuto constitucional das proibições de extraditar fundadas na natureza da pena correspondente ao crime segundo o direito do Estado requerente antes e depois da Lei Constitucional nº 1/97). *In: A Inclusão do Outro*. FADUC (ed.). Coimbra: Coimbra Editora, Studia Iuridica 66 [Colloquia 9], 2002, p. 155-170.

<sup>296</sup> O país cooperado (Estados Unidos) era, por óbvio, não signatário da referida convenção. O universalismo dos direitos humanos reflete-se no próprio limite de eficácia e abrangência das decisões das cortes de Direitos Humanos, bastando citar, como exemplo, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, cuja ressonância transpassa as fronteiras do território europeu, atingindo a atuação de outros tribunais judiciais ou, mesmo, de outras Cortes de Direitos Humanos. No caso citado (Soering v. Reino Unido), muito embora os fatos tenham se passado fora dos limites de atuação da Corte e, principalmente, o direito a ser aplicado ao caso fosse de um país não pertencente ao âmbito de jurisdição da mesma, a Corte decidiu que, ante a vocação universalista dos convênios de proteção dos direitos humanos, a Inglaterra não poderia cooperar judicialmente com os Estados Unidos da América, mesmo não sendo estes pertencentes aos membros signatários do Convênio Europeu de Direitos Humanos e que apenas para o efeito desse Convênio, e não da lei americana, estaria havendo violação aos direitos humanos.

<sup>297</sup> *Court, Plenary, Case of Soering v. The United Kingdom, Application no. 14038/88, Judgment Strasbourg*. Disponível em: <http://www.ilsa.org/jessup/jessup09/basicmats/soering.pdf>. Acesso em: 21 de out. 2011, às 22 h.

relacionadas aos direitos humanos fundamentais, independentemente da família jurídica adotada pelo país. O mais importante aspecto a ser identificado no conteúdo jurídico desta decisão é, sem dúvida, o comando de advertência direcionado aos países membros da Convenção Europeia de Direitos Humanos na qualidade de países requisitados em pedidos de cooperação extraditacional, já que tornou-os responsáveis por aquilo que, juridicamente, acontecer ao extraditando no país requisitante<sup>298</sup>. A referida responsabilidade emerge das obrigações impostas pela própria convenção, que deve ser interpretada de modo a sempre promover a proteção dos direitos humanos individuais<sup>299</sup>.

De fato, a solução para algumas dessas questões não pode passar, simplesmente, pela aplicação linear do adágio *lex posterior derogat priori*, já que há de se desvendarem, antes de sua aplicação, outras condicionantes fáticas e jurídicas, como a uniformidade ou não da matéria trazida em cada tratado, a assimilação ou não, pelos países envolvidos, dos Tratados sob conflito ou, até mesmo, a existência entre as normas convencionais sob conflito, de uma que resguarde previsão de garantia de direitos humanos fundamentais. Quanto a essa última situação, especificamente, há algumas opiniões que abrangem o entendimento de que as normas definidoras e regulamentadoras de direitos

---

<sup>298</sup> Diferentemente da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Europeia, que, no plano regional, concedeu importância internacional aos direitos e garantias do homem, através da atuação da Corte respectiva, tem dado concretude à proteção de tais garantias processuais. Ver., nesse sentido: AMANN, Diane Marie. *Harmonic Convergence? Constitutional Criminal Procedure in an International Context*, University of Georgia School of Law, *Indiana Law Journal*, v. 75, March/April 2000, p. 826. Têm-se apontado, ainda, três notas distintivas da Convenção Europeia em relação aos demais tratados internacionais: 1) conteúdo protecionista e tutela dos direitos fundamentais de vocação universal; 2) estrutura objetiva do sistema de tutela, não havendo previsão do princípio da reciprocidade, típico dos tratados internacionais comuns; 3) peculiar estrutura institucional, a qual propõe um órgão jurisdicional, a Corte Europeia, que aponta a violação das suas normas, e um órgão político, o Conselho de Ministros, que fiscaliza a execução da sentença da Corte por parte dos Estados. (ZAGREBELSKY, Vladimiro., *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*. In: ius17@unibo.it, n. 1/2009, p. 57).

<sup>299</sup> No referido julgamento, a Inglaterra acabou deferindo o pedido de extradição, tendo sido, por isso, e pelos motivos acima delineados, condenada pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Depois desse primeiro momento, a Inglaterra, sistematicamente, subordinou sua cooperação à condição expressa de que a pena de morte não fosse requerida, prolatada ou aplicada à pessoa demandada no Estado requerente. Tal jurisprudência corresponde à prática europeia: o Estado requerente regularmente tem assegurado que a pena capital não seria requerida, pronunciada ou executada. A proibição à pena de morte se tornou, de fato, uma norma à qual os países se submetem em suas relações com outros Estados. Além disso, os países europeus têm cuidado de incluir, em todos os tratados de extradição recentes, uma cláusula de exclusão de cooperação se a pessoa demandada pelo Estado requerido for passível de pena de morte, fazendo, assim, de uma norma superior do direito internacional, também uma regra convencional. As garantias pelas quais o Estado requerente assegura o dever de não pronunciar nem infligir a pena de morte equivalem a um compromisso internacional para cujo respeito, consoante a regra do *pacta sunt servanda*, o Estado requerente se responsabiliza.

humanos e, portanto, os tratados que carregam em seu corpo as referidas normas<sup>300</sup>, por possuírem natureza de *jus cogens* (*peremptory norms*)<sup>301</sup> ou, quando menos, de obrigações *erga omnes*<sup>302</sup>, são de hierarquia superior às normas que tratem de matérias outras, devendo ser negada a aplicação destas últimas sempre que incompativelmente

---

<sup>300</sup> Note-se que nem todos os autores reconhecem como sendo normas de *jus cogens* também normas convencionais. Nesse sentido restritivo: SZTUCKI, J. *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1974, p. 74. No sentido do reconhecimento, eis a seguinte opinião: “Norma imperativa no sentido de norma de *jus cogens* (norma aceite e reconhecida como tal pela Comunidade Internacional dos Estados no seu conjunto). Apesar de opinião contrária de parte da doutrina, a fórmula utilizada pelo artigo 53.º da Convenção de Viena não deixa qualquer dúvida sobre o fato de que o *jus cogens* não constitui uma nova fonte de direito internacional, mas uma qualidade particular (imperativa) de certas normas, que podem ser de origem quer costumeira quer convencional” (DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Fundação Calouste Gulbenkiana, p. 207-208).

<sup>301</sup> Diga-se, entretanto, que a maioria da doutrina entende, restritivamente, que apenas os direitos humanos fundamentais teriam a natureza jurídica de normas *jus cogens*. Segundo Bobbio, as normas de natureza imperativa (*jus cogens*), que são limitadoras da soberania dos Estados por outorgar proteção a um direito derivado diretamente da dignidade humana, constituem um conjunto de direitos com caráter absoluto e representam o núcleo duro dos direitos humanos. O autor entende os direitos com caráter absoluto, por sua vez, como aqueles que servem para todas as situações e para todos os homens, isto é, que não podem ser limitados nem mesmo em casos excepcionais nem a respeito dessa ou daquela categoria de seres humanos (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 58). Conforme aponta Canotilho, em que pese a doutrina ainda não ter identificado de forma clara e indiscutível, o núcleo duro desse “direito cogente”, existem alguns princípios inquebrantavelmente limitativos do Estado: o princípio da paz, o princípio da independência nacional, o princípio do respeito do direito dos povos à autodeterminação, o princípio da independência e igualdade entre os povos, o princípio da solução pacífica dos conflitos, o princípio da não ingerência nos assuntos internos de outros Estados (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Teoria da Legislação Especial e Teoria da Legislação Penal*. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correa*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1984, p. 850). Também nesse sentido, pontifica Martins: “Não se pode, contudo, afirmar, na ausência de uma lista de normas imperativas de DI, que todas as normas internacionais relativas a direitos humanos devem ser consideradas normas *jus cogens*. O consenso que se verifica na doutrina é mais restrito do que isso, limitando-se à inclusão dos “direitos essenciais” da pessoa humana nas normas de *jus cogens*” (MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos: relatório sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de Ensino Teórico e Prático*, Lisboa, 2005, p. 70). A proibição de tortura e penas ou tratamentos desumanos e degradantes (art. 3 da Convenção Européia de Direitos Humanos) tem, na visão de Alvarino, caráter absoluto, pertencendo ao denominado “núcleo duro” dos direitos humanos, que não pode ser objeto de restrição, limitação ou reserva por parte dos Estados nacionais (ALVARINO, Julia Ruiloba. *El convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987. Su aplicación en España*. Madrid: Universas Rey Juan Carlos, 2005, p. 171).

<sup>302</sup> Nesse sentido: “Julga-se, portanto, que todas as normas internacionais, sejam costumeiras, sejam convencionais, que tutelem direitos humanos, impõem obrigações *erga omnes* mediatas aos seus destinatários” (CORREIA BAPTISTA, Eduardo. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Lisboa: LEX, 1997, p. 397). As acepções jurídicas das normas de *jus cogens* e as obrigações *erga omnes*, não devem, entretanto, ser confundidas. As obrigações *erga omnes* criam, para todos dos Estados, direitos oponíveis em caso de violação de cada uma dessas obrigações, já que são direitos de titularidade de toda a comunidade internacional (entendida essa, entretanto, não como uma pessoa coletiva comunidade internacional, mas como um “conjunto dos Estados existentes, cotitulares dos poderes correspondentes a essas obrigações”) (Ibid., p.289). As obrigações *erga omnes* constituem uma categoria maior das quais fazem parte as normas de *jus cogens*, pois requerem, além das eficácia *erga omnes*, as características de inderrogabilidade e inviolabilidade (KOLB, Robert. *Théorie du jus cogens international. Essai de relecture du concept*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001, p.172-173).

confrontadas com obrigações impostas em convenções de Direitos Humanos<sup>303</sup>. Constituem-se normas, aliás, que vão revestir de legitimidade e de validade todas as outras normas de Direito Internacional, operando um verdadeiro controle da legalidade supranacional<sup>304</sup>. Assim, referidas normas, por resguardarem os valores e interesses coletivos essenciais da comunidade internacional, detêm nível hierárquico superior às demais normas componentes do sistema jurídico internacional, não admitindo, a partir de tal constatação, qualquer alteração ou diminuição de seu conteúdo e tornando inválidas quaisquer normas contrárias à mesmas<sup>305</sup>.

O argumento levantado para sustentar essa tese ancora-se no disposto no art. 103 – e sua combinação com o art. 55 – da Carta das Nações Unidas, segundo o qual, “no caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta”. Entre as obrigações estabelecidas na Carta está, no final da redação de seu art. 55, exatamente a de “*respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião*”, o que asseguraria a prevalência das normas de direitos humanos previstas nas diversas Convenções. Diante do ordenamento interno de cada país, a mesma tese é sustentada a partir das previsões de muitas Constituições democráticas, no sentido de conferir hierarquia diferenciada<sup>306</sup> para tratados de Direitos Humanos, imputando aos mesmos, algumas vezes, as vestes de norma constitucional<sup>307</sup> e,

---

<sup>303</sup> As normas reguladoras de *jus cogens*, nos termos dos art. 53 e 64 da Convenção de Viena, são expressamente derogativas dos tratados com disposições contrárias.

<sup>304</sup> Nesse sentido: CORREIA BAPTISTA, Eduardo. *Jus Cogens em Direito Internacional*. Lisboa: Editora Almedina, 1997. QUADRI, Rolando. *Le fondement du caractère obligatoire du Droit International*. Recueil des Cours de l'Academie de Droit International, 1952.

<sup>305</sup> O seu conceito desenvolveu-se a partir dos conceitos de norma hipotética fundamental – *Grundnorm* (KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*, 1945, p. 110 e segs), lei natural (VERDROSS, Alfred. *Völkerrecht, Edição Espanhola*, 1957, p. 21 e segs.) e *la solidarité naturelle* (SCELLE, Georges. *Précis de Droit des Gens* (1932), première partie, 1932, p. 3). Para um aprofundamento nesta matéria, ver: CORREIA BAPTISTA, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 390 e segs; GAJA, Giorgio. *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*. Recueil des Cours de l'Academie de Droit International, III, 1981, p. 279.

<sup>306</sup> Há quatro possíveis níveis hierárquicos que se podem apontar para os tratados e convenções internacionais: 1) hierarquia supraconstitucional; 2) hierarquia constitucional; 3) hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; 4) igualdade hierárquica entre tratado e lei federal. A problemática do confronto entre tratados internacionais e leis internas infraconstitucionais será solucionada, de forma diferenciada, em cada Estado, de acordo com a estatura hierárquica que cada ordenamento atribua aos tratados.

<sup>307</sup> No âmbito da União Europeia, observa-se, claramente, os contornos de um processo de constitucionalização das disposições sobre direitos fundamentais, a partir do disposto nos arts. 6º e 7º do Tratado da União Europeia. O entendimento de que os tratados de Direitos Humanos têm estatura constitucional enquanto os demais tratados possuem hierarquia legal é presente no ordenamento jurídico



em outras previsões, nos moldes de normas supralegais (mas infraconstitucionais), enquanto os demais tratados não reguladores de direitos humanos teriam a faixa hierárquica de norma legal, *stricto sensu*.

Uma última e mais relevante controvérsia que surge, quanto a esse ponto, diz respeito à solução da concorrência entre as vertentes de funcionalidade e garantia. Trata-se da tentativa de equacionar a adoção de um processo penal ágil, pronto a atender as necessidades de deflação do sistema de justiça criminal, mas destituído das garantias processuais, com um apego desmedido à tradicional função de garantia, sacrificando, desse modo, a exigência de prestar justiça célere<sup>308</sup>. Talvez a questão possa resumir-se na primeira manifestação do Tribunal Constitucional Federal do Ordenamento Jurídico alemão a esse respeito, já em 15 de dezembro de 1965, caracterizando como dois princípios de igual importância para o Estado de Direito: a garantia do direito do indivíduo à liberdade pessoal, por um aspecto, e as necessidades de uma eficaz ação penal, por outro<sup>309</sup>.

O processo penal, na busca por resultados que lhe são pressupostos e que têm, por exigência, realizar, confronta-se sempre com uma inegável inquietação retórica entre os imperativos práticos de eficiência, de resolução eficaz e enfrentamento da menor ou maior criminalidade e a obediência garantida e efetiva dos direitos e liberdades individuais: a inarredável contenda entre o dever medular do Estado na concretização da persecução penal punitiva e a salvaguarda dos direitos fundamentais dos indivíduos, tanto

---

Austríaco, Alemão, Egípcio e Canadense (*International Review of Penal Law, The Regionalization of International Criminal Law and Protection of Human Rights in International Cooperation in Criminal Proceedings, Preparatory Colloquium, Section IV*, Helsinki, Finlândia, 2-6 de setembro de 1992, p. 109). De acordo com a Resolução do Parlamento Europeu, de 24 de setembro de 1997, que trata das relações entre o Direito Público, o Direito Comunitário e o Direito Constitucional dos Estados-Membros, a alínea “c” do artigo L do Tratado da União Europeia, deve ser interpretada como a atribuição dada ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de garantir e desenvolver uma ampla e efectiva protecção dos direitos fundamentais no âmbito das actividades da Comunidade Europeia, de forma a que a protecção dos direitos humanos por parte do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, seja, ao menos, tão elevada como a de qualquer jurisdição constitucional nacional, e, dentro dos limites de competência do TJCE, no âmbito das actividades da União Europeia. Nos Estados Unidos, embora os tribunais, quando da aplicação dos tratados, deem interpretação sempre protetiva às regras do tratado, este cede aos comandos constitucionais, entendendo a Suprema Corte que os tratados internacionais se submetem à Constituição americana, tal como as leis. No caso *Edye vs. Robertson* (112 U.S. 580, 597, 5 S. Ct. 247, 28 L. Ed. 798 (1884)), por exemplo, a Suprema Corte entendeu que a Constituição dava aos tratados hierarquia inferior aos atos do Congresso e, assim, estariam sujeitos aos atos que o Congresso aprovasse. O mesmo foi dito pela Suprema Corte nos casos *Fong Yue Ting vs. Estados Unidos* (149 U.S. 698, 13 S. Ct. 1016, 37 L. Ed. 905 (1893)) e o processo *Whitney vs. Robertson* (124 U. S 190, 8. S. Ct. 456, 31 L. Ed. 386 (1888)).

<sup>308</sup> FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*. Editora: Almedina Tema: Direito Penal, ano: 2001, p. 55.

<sup>309</sup> *Ibid.*, p.55.

das vítimas como dos acusados. Assim, verdadeiramente, toda e qualquer preocupação com a criminalidade transfronteiriça e a conveniência de os Estados cooperarem entre si, em desfavor desta última não desmentem, uma e outra, a necessidade de se preservarem as garantias processuais e materiais aplicáveis na área criminal, as quais sempre envolvem, delicada e gradualmente, o balanceamento entre os interesses individuais a um processo resguardado de garantias e o interesse público à persecução criminal. Quaisquer medidas legislativas e/ou judiciais voltadas para o enfrentamento da nova criminalidade devem ser realizadas em consistência com o total respeito aos direitos e garantias humanas fundamentais.

O transpor dessas discordâncias intrínsecas a todo o processo penal democrático tem-se sucedido através do exame de expedientes de conformidade prática entre os valores, direitos e interesses que o processo penal deve cumprir, quais sejam, segundo Gaspar: “a obtenção de uma justiça eficaz, mas impositivamente certa, segura e em prazo razoável, na consideração dos valores fundamentais da segurança pessoal e do respeito pela dignidade humana”<sup>310</sup>. Segundo o mesmo autor, não se pode esquecer que o Estado exige “a proteção das suas instituições e a viabilização de uma eficaz administração da justiça penal, já que pretende ir ao encontro da justiça material”<sup>311</sup>. Nesse sentido, em caso de conflito, devem esses vetores ser ponderados conjuntamente<sup>312</sup>, havendo uma tendência inclusive do *Bundesgerichtshof* – o Tribunal Federal de Justiça da Alemanha – em apresentar a solução do Direito como o resultado de uma “ponderação de todos os aspectos do caso particular” (*Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalls*)<sup>313</sup>.

Conforme pontua Roxin, também nessa linha argumentativa, o equilíbrio entre os interesses da persecução penal e aqueles da liberdade do réu deve derivar sempre de uma ponderação dos referidos interesses<sup>314</sup>. Diante de princípios fundamentais

---

<sup>310</sup> GASPAR, Henrique da Silva. O Processo Equitativo no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Processo Penal de Macau. In: *Revista Jurídica de Macau*, v. IV, N.º 1, 1997, p. 9 -10.

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 9 -10.

<sup>312</sup> GÖSSEL, Karl-Heinz. A posição do defensor no processo penal de um estado de direito. Trad. Nabela Maria Miranda Rodrigues. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. v. LIX Coimbra. 1983, p. 241-283; 270-271.

<sup>313</sup> PRITZWITZ, Cornelius. A função do direito penal na sociedade globalizada de risco – defesa de um papel necessariamente modesto. In: *Desenvolvimentos atuais das ciencias criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 59.

<sup>314</sup> ROXIN, Claus. *Sobre El concepto global para una reforma procesal penal*, cit., p. 313; Idem, *Introduccion a La ley procesal penal alemana de 1877*. Trad. Juan-Luis Gomez Colomer. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 16, Madrid, 1982, p. 171-186. No sentido de buscar-se uma concepção que equilibre de forma justa necessidade de proteção de bens jurídicos e de efetiva persecução penal e a proteção de direito

igualmente postos, a solução prática a ser dada aos diversos casos concretos deve ser o da ponderação desses dogmas, sob pena de, ao se implementar, de forma irrestrita, um deles, tornar sem valia o outro, o que seria totalmente incompatível com a normatização constitucional<sup>315</sup>. Em contrapartida, essa relativização não pode ir ao ponto de torná-los estruturados de forma desequilibrada, como se um sempre se sobrepujasse hierarquicamente em desfavor do outro. A ponderação deve pautar-se de acordo com as pormenorizações da hipótese concreta a ser analisada, através da imposição de medidas e limitações para que cada um possa ser adequadamente aplicado.

Entretanto deve-se assimilar, com reservas, essa sempre aberta possibilidade de juízo de ponderação e proporcionalidade, uma vez que, conforme pontifica Figueiredo Dias, a busca por um eficaz funcionamento do sistema penal deve ter, como limite inflexível, o respeito aos direitos e garantias individuais e à dignidade da pessoa humana<sup>316</sup>. Os direitos humanos encartados nos Tratados e Constituições democráticas constituem referência matricial, axiológico-normativa, de valores a orientar qualquer processo de persecução penal. As normas que referem tais direitos constituem, verdadeiramente, critério de validade e instância legitimadora de todos os outros direitos e princípios previstos nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais. Assim, não há pretexto algum que justifique uma persecução penal e uma cooperação penal internacional desapoizadas do respeito irrestrito aos direitos e garantias individuais.

Nesse sentido, dois valores fundamentais, de certo modo, antagônicos ou, ao menos, dialeticamente opostos, têm emergido recentemente, em sede de cooperação penal em matéria penal: de um lado, a necessidade de intensificar a referida cooperação na luta contra o crime; de outro, a consciência, cada vez mais, profunda de que os direitos

---

básicos dos cidadãos em processos criminais: SCHUNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. *In RBCC 90*, 2011, p. 190.

<sup>315</sup> Segundo Figueiredo Dias, é um truísmo afirmar a exigência de equilíbrio da tensão entre a necessidade de manutenção do processo penal como um sistema de garantia dos direitos fundamentais do cidadão e de abertura ao tratamento eficiente de formas expansivas, organizadas e internacionalizadas de criminalidade gravíssima. Ainda segundo o autor, a tarefa legislativa e doutrinal do futuro radica em alcançar este equilíbrio difícil e instável. Conclui: “Um Estado Democrático tem, pura e simplesmente, de garantir esse equilíbrio ou resignar-se a perecer” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Processo Penal Português: problemas e prospectivas. In: Que futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra Editora, 2009, p. 9).

<sup>316</sup> O autor assevera, entretanto, que em caso de garantias individuais que não se amoldem diretamente com a garantia da dignidade da pessoa humana, ainda que emanem de direitos fundamentais, há espaço para a respectiva limitação, opinião essa que, salvo melhor juízo, apresenta-se equivocada, conforme o exposto no texto (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Para Uma Reforma Global do Processo Penal Português. Da sua Necessidade e de Algumas Orientações Fundamentais. In: AA. VV. Para uma Nova Justiça Penal*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 206-208).

fundamentais devem colocar-se como termo de referência nessa matéria e, conseqüentemente, como limite à cooperação penal e matéria penal<sup>317</sup>. O certo é que o paradigma universal dos direitos humanos deve ser, pois, o ponto de intersecção entre os diversos ordenamentos jurídicos nacionais e, assim, a instância legitimadora de convergência a partir do qual a cooperação internacional deve se desenvolver<sup>318</sup>, valendo-se, para tanto, da inderrogável advertência de Faria Costa, no sentido de “resistir racionalmente aos apelos viscerais do securitarismo como outrora se resistiu ao perfume do abolicionismo libertário” como essencial “tarefa dos penalistas que prezam a liberdade e defendem a segurança justas”<sup>319</sup>.

---

<sup>317</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 156.

<sup>318</sup> BECHARA, R. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior. 2010. p. 47. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-101628/>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

<sup>319</sup> COSTA, José de Faria. Poder e Direito Penal – Atribuições em torno da liberdade e da segurança. In: *Reflexões. Revista Científica da Universidade Lusófona do Porto*, ano 1, n. 1, 2006, p. 291. Podendo-se concluir, nesse contexto, que “o aumento de demanda de segurança relativiza a demanda de liberdade” (RODRIGUES, Anabela Miranda. Política Criminal – Novos Desafios – Velhos rumos, Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra Editora, 2003, p. 215).

## CAPÍTULO 5

### INTERAÇÕES ENTRE OS SISTEMAS NACIONAIS, SUPRANACIONAIS E INTERNACIONAIS

#### 5.1 – O relacionamento entre as ordens jurídicas internas, supranacionais e internacionais

Em meio à diversidade e multiplicidade de Estados, organizações regionais e organismos supranacionais, sobressai-se, como verdade evidente, o fato de que os diversos ordenamentos jurídicos não se mantêm nem se desenvolvem de forma isolada, como se livres fossem de qualquer interferência externa<sup>320</sup>. As ingerências recíprocas que se estabelecem, diante da imensa gama de variantes a serem consideradas, tornam escassas as chances de se obter um modelo relativamente inalterado<sup>321</sup>. Mesmo que se projete, como paradigma contemporâneo, a representação do Estado democrático-liberal, suas várias versões não serão exclusivas, eis que, na maioria delas, tratar-se-á de variantes imperfeitas do modelo em que insinuam se espelhar. Essa falta de delineamento permanente e privativo presente nos ordenamentos nacionais se faz aparente, do mesmo modo, no Direito Internacional, que também possui padrões normativos diferenciados, cuja diversidade é dependente, por exemplo, do grau e da forma de relacionamento, entre si, dos organismos internacionais, dos organismos regionais, dos Estados-Membros e de suas respectivas instituições<sup>322</sup>.

---

<sup>320</sup> Vaticina-se, assim, como já pontuado neste trabalho, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrente de sua soberania (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Ed.Saraiva.2006, p.46).

<sup>321</sup> A justiça penal internacional é usualmente percebida como a justiça entregue pelas cortes internacionais, mas não pode ser compreendida como de dominação exclusiva das instituições internacionais. As perseguições penais por parte das Cortes nacionais e internacionais, pelo contrário, não são nem mesmo alternativas - no sentido próprio do termo -, de modo que seus mecanismos devem ser essencialmente interconectados para perseguir um fim comum de cumprimento da obrigação de Direito Penal Internacional. Nesse sentido: "*L'ordre juridique international et l'ordre juridique de l'État ne sont pas séparés, mais doivent être considérés comme des sphères de l'ordre juridique général*" (MOSLER, K. *L'Application du Droit International Public par les Tribunaux Nationaux*, in RDC, Paris, T. 91, v. I, 1957, p. 626); "Sobre as relações entre as ordens jurídicas, verificamos que não existem apenas conflitos entre elas. Muitas vezes existe uma solidariedade e um apoio mútuo entre as ordens jurídicas" (LIMA, José Antônio Farah Lopes de. *Constituição Européia e Soberania Nacional*, Campinas: Ed. JH Mizuno, 2006, p. 172).

<sup>322</sup> Cite-se, a título de exemplo, a União Europeia, organismo de viés regional (supranacional), fundamentado em tratado internacional, basicamente, os vários tratados que constituíram a União Europeia, e que possui instituições próprias, como a Corte Europeia de Justiça, órgão jurisdicional da referida organização. Os países europeus convivem, ainda, com outra ordem jurídica supranacional, que tem como

Nesse cenário, as relações entre os diversos Estados e entre estes e o sistema jurídico internacional são plúrimas e multifacetadas, principalmente, quando se leva em consideração as relações entre países de culturas jurídicas diversas, como é o caso dos países cujo ordenamento tem suas origens calcadas nas famílias jurídicas da *Civil Law* e da *Common Law*. Determinadas situações fáticas, surgidas em um mesmo território, admitem, para a sua adequada solução jurídica, a incidência tanto de normas de direito interno quanto de normas de Direito Internacional. Muitas vezes, em tais circunstâncias, as disposições nacionais e internacionais relativas à matéria contêm, em seus comandos normativos, direcionamentos jurídicos diametralmente opostos, instalando-se uma situação jurídica conflituosa entre os dois ordenamentos. Essa pluralidade de ordens normativas<sup>323</sup> faz parte da descrição do relacionamento entre o ordenamento internacional, incluindo nesse as normas ditas supranacionais de processos de integração, e a ordem nacional de todos os demais países da sociedade contemporânea, gerando, assim, áreas de conflito normativo<sup>324</sup> e de exigência de cooperação entre eles. O sistema plural de ordens

---

organismo regional representante o Conselho da Europa, que, por sua vez, detém, dentro de seu quadro institucional e como instituição jurídica permanente, a Corte Europeia de Direitos Humanos. Referida organização, destinada peculiarmente à proteção dos direitos humanos no continente, tem base jurídico-normativa na Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia dos Direitos do Homem). Todos os Estados-Membros da União Europeia aderiram, *in totum*, à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, mas, na via inversa, alguns Estados-Membros do Conselho da Europa, não são integrantes da União Europeia, a exemplo da Turquia.

<sup>323</sup> O tema da pluralidade das ordens jurídicas não detém, nem um pouco, consenso terminológico na doutrina, sendo tratado como constitucionalismo multinível (PERNICE, Ingolf, *Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited*, 36 *Common Market Law Review*, 1999, p. 703-750;), pluralismo constitucional (WALKER, Neil, *The Idea of Constitutional Pluralism*, 65 *The Modern Law Review*, 2002, p. 317 e 339), interconstitucionalidade (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e Interconstitucionalidade, Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, Coimbra: Almedina, 2008), trans-constitucionalismo (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009), cross-constitucionalismo (TAVARES, André Ramos, *Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional*, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, 2009, Belo Horizonte, a. 3, n. 12, p. 17-55), constitucionalismo transnacional (ARAGÓN REYES, Manuel, *La Constitución como paradigma*, In: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. p. 29-40). Segundo Ramos, os diversos autores que tratam da temática “não desenvolvem estudos idênticos e não chegam às mesmas conclusões, mas essas denominações explicitam a ótica de partida, que é o Direito Constitucional e demonstram a saudável preocupação dos constitucionalistas com a ascensão do Direito Internacional. Partindo da ótica mais próxima do Direito Internacional, há aqueles que usam a denominação internacionalização do Direito, que constata a impregnação de normas internacionais em todos os ramos do direito nacional e gera o pluralismo de ordens jurídicas” (RAMOS, André de Carvalho, *Pluralidade de Ordens Jurídicas, A relação do Direito Brasileiro com o Direito Internacional*, Curitiba Juruá Editora, 2012, p. 17).

<sup>324</sup> A dificuldade envolvendo a temática da pluralidade de ordens jurídicas e o modo de inter-relacionamento entre a ordem interna e internacional é perceptível nos questionamentos levantados por Ramos: “Qual é o modo de convivência entre as normas e decisões de diferentes origens? É possível o diálogo? É possível retroceder a um mundo no qual o Estado é o “senhor dos tratados”, cabendo-lhe interpretar ao seu gosto suas normas, inclusive ditando a subordinação dos tratados às normas internas?”

normativas, fazendo conviver normas e decisões de origens diversas com o propósito de aplicação em um mesmo ambiente coletivo, isto é, o espaço nacional requer, para sua aplicabilidade e eficiência mínima, a análise das divergências e a busca por uma base razoável de convergência de sentidos entre as normas e decisões de gênese diferenciada<sup>325</sup>. As ordens jurídicas plurais são exatamente aquelas que convergem e concorrem na regência jurídica de um mesmo espaço (a sociedade nacional)<sup>326</sup>.

Em juízo crítico sobre a heterogeneidade de fontes normativas na União Europeia, Sieber aduz que as normas específicas do Tratado da União Europeia (regulamentos, diretivas, decisões-quadro e decisões<sup>327</sup>), como também os tratados de Direito Internacional Público e diplomas de transposição nacionais formam hoje “uma manta de retalhos de normas”<sup>328</sup>. Além dessa dupla submissão supranacional a que se sujeitam, os países europeus – e, nesse caso, também a grande maioria dos Estados contemporâneos – subjugam-se, no plano internacional, à Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 1948, bem como aos dois Pactos Universais de Direitos

---

Caminhamos para mutilação da supremacia da Constituição, que cederia às normas e decisões de órgãos judiciais e quase judiciais internacionais?” (Ibid., p. 16).

<sup>325</sup> Ainda segundo o autor, essa geografia expansiva do Direito Internacional é digna de nota: “nada, hoje, escapa ao furor normativo internacional, que possui normas que abrangem todos os ramos do Direito Interno” (Ibid., p. 15-16).

<sup>326</sup> O tema das ordens jurídicas plurais é de interesse da atualidade justamente pela expansão do Direito Internacional, com várias ramificações e subsistemas (Direito da Integração, Direito Internacional dos Direitos Humanos, etc.), que ocupam matérias outrora reservadas ao Direito Nacional (TAVARES, André Ramos, Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional, Belo Horizonte: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, 2009, a. 3, n. 12, p. 17-55).

<sup>327</sup> Sobre a diferenciação que se estabelece entre regulamentos, diretivas e decisões-quadro, enquanto fontes de direito, ver: COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*. Introdução, Coimbra, 2007, p. 129, § 22; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2. ed., Coimbra: 2007, p. 185 e CAEIRO, Pedro. Perspectivas de formação de um direito penal da União Europeia. In: RPCC n. 6, 1996, p. 191 e segs.. Atente-se para uma importante diferenciação feita por esse último autor no sentido de que as normas previstas em tratados e regulamentos têm um valor normativo superior ao direito interno e são diretamente aplicáveis pelas autoridades dos Estado-Membros, enquanto as diretivas requerem uma atividade legislativa de transposição para o direito interno. O autor faz, ainda, uma diferenciação crítica quanto aos critérios de legitimidade de uma norma penal prevista em um tratado ou em um regulamento. Para ele, em relação ao tratado, do ponto de vista da legitimação, parece não haver nenhuma objeção quanto à previsão normativa penal, inclusive no que tange ao alargamento dessas normas, “ao menos nos países – como Portugal – onde as convenções internacionais possuem um valor normativo pelo menos igual ao de uma lei do parlamento”. Já os regulamentos, segundo diz, “não preenchem as condições mínimas de legitimação democrática exigidas pela generalidade das constituições dos Estados-Membros para a elaboração de uma lei penal” (CAEIRO, Pedro. Perspectivas de formação de um direito penal da União Europeia. In: RPCC n. 6, 1996, p. 192-193).

<sup>328</sup> Ainda segundo o autor, “esta manta de retalhos abrange direito sancionatório supranacional, direito penal nacional harmonizado, direito de cooperação, normas sobre novas instituições europeias que se referem à área normativa do direito penal e ainda um complexo sistema de protecção dos direitos humanos em diferentes ordenamentos nacionais e supranacionais” (SIEBER, Ulrich, *O Futuro do Direito Penal europeu – Uma nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu*. In: *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra Editora, 2009, p. 462).

- o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotados em 1966 - tratados consagrados no sistema das Organizações das Nações Unidas que repercutem, como dito, em todo o mundo. Esse sistema universal irradiado através dos diversos organismos das Nações Unidas repercute, através de seus princípios e valores, como fonte direta na confecção de convenções e declarações dos chamados sistemas regionais, entre os quais se encontra o sistema europeu supracitado.

A dupla ordem jurídico-supranacional europeia, verdadeiramente, torna de fácil percepção a existência de uma heterogeneidade normativa a que se submetem as ordens jurídicas internas, já que, no caso dos países que são membros tanto da União Europeia quanto do Conselho da Europa, o arcabouço normativo aplicável e os efeitos jurídicos daí advindos são diferenciados, fato que se recrudescer com a existência, em paralelo, das duas Cortes Europeias citadas. Um juiz alemão, por exemplo, deve reconhecer validade territorial não somente às normas jurídicas do direito interno, mas também às normas comunitárias da União Europeia, às normas humanitárias da Convenção dos Direitos Humanos e às diversas normas internacionais, como o Tratado de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas<sup>329</sup>.

---

<sup>329</sup> Um exemplo de Antônio Farah ajuda a ilustrar a complexidade gerada por esse intercruzamento normativo na ordem europeia: uma organização feminista irlandesa difunde informações relativas à possibilidade de realizar um aborto no Reino Unido. Esta situação recebe tratamento distinto nas duas ordens jurídicas supranacionais. De acordo com o direito da União Europeia (ambos os países são membros da União) as mulheres grávidas residentes na Irlanda gozam da liberdade de acesso à prestação de serviço oferecida em outro Estado-Membro da Comunidade Europeia. A questão pertinente é: a difusão de informações no Estado-Membro onde a interrupção médica de gravidez (aborto) é penalmente reprimida faz parte da livre prestação de serviços entre os Estados-Membros? A Corte de Justiça Europeia deu uma resposta negativa a esta questão, alegando que a publicidade não emanava dos operadores econômicos que oferecem o serviço médico (lícito em um Estado, ilícito em outro). Conseqüentemente, a ordem judicial pela qual o magistrado irlandês determinou a interrupção da difusão das informações litigiosas não viola as disposições dos artigos 59 e 60 do Tratado da Comunidade Europeia. Não devemos também olvidar que, por trás desta análise, existe uma reflexão implícita sobre o direito à vida e o direito concedido à mulher de abortar. Pois bem, sobre esse aspecto de direitos humanos, pronunciou-se a Corte Europeia de Direitos Humanos. Nessa decisão, a Corte de Estrasburgo condenou a Irlanda por violação ao direito conferido pelo artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, afirmando que a ordem judicial de interrupção das informações não respeita o princípio de proporcionalidade entre os fins desejados e os meios empregados para atingi-los. Baseado nos mesmos fatos, não se pode afirmar que as decisões da Corte Europeia de Justiça e da Corte Europeia de Direitos Humanos sejam contraditórias, pois se aplicam à conformidade de uma ordem jurídica nacional a ordens jurídicas supramencionadas de natureza distintas. A situação teria sido mais complexa se a Corte Europeia de Justiça tivesse também decidido sobre a conformidade da ordem judicial com o artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, já que esta Convenção faz parte dos princípios gerais do direito comunitário que devem ser respeitados pelos Estados-Membros da União Europeia. De qualquer modo, com o fortalecimento dos direitos humanos no seio da União Europeia, e principalmente com a incorporação da Carta de Direitos Fundamentais ao Tratado Constitucional, vislumbram-se conflitos entre essas duas jurisdições supranacionais sobre a matéria de direitos humanos (LIMA, José Antônio Farah Lopes de. *Constituição Europeia e Soberania Nacional*. Campinas: Editora JH Mizuno, 2006, p. 165/166).



É certo que a complexidade da confluência e justaposição dos ordenamentos jurídicos nacionais, supranacionais e internacionais, diante da inegável independência de cada uma delas, não pode ser resolvida ante a simples aplicação da doutrina monista como se houvesse, de forma simples, prática e direta, uma única ordem normativa que estabelecesse uma hierarquia entre as três citadas ordens jurídicas. A inexistência de um sistema jurídico unitário global e hierarquizante torna de difícilíssima compatibilidade a teoria monista com três ordens jurídicas tão híbridas<sup>330</sup>. Para cada situação fática distinta, haverá uma diferente solução jurídica de acordo com cada ordem jurídica independente que regule autonomamente a hipótese, o que dificulta, amplamente, a concepção de uma interpretação uniforme da norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto.

O cumprimento da norma supranacional ou internacional, no âmbito nacional, é tarefa ainda soberanamente decidida no plano interno de cada Estado, o qual, nos termos, formas e modos previstos nas diretrizes constitucionais de seu ordenamento, aplica-as internamente. A contribuição dos Estados à obrigação a ser imposta pelo Direito Penal Internacional é absolutamente essencial, eis que o êxito dos mecanismos de obrigação internacional depende da cooperação e da assistência dos Estados quanto à apreensão e à liberação de supostos ofensores, à provisão de provas e ao encarceramento de condenados. Nesse sentido, a adaptação do Direito Internacional ao sistema jurídico interno – disseminada na grande maioria dos sistemas constitucionais modernos<sup>331</sup> -

---

<sup>330</sup> Para se atingir o resultado proposto pela doutrina monista necessitar-se-ia da existência de um modelo de sistema jurídico internacional solidário e cooperativo que envolvesse, de forma harmônica, recíproca e interdependente, todos os outros ordenamentos jurídicos nacionais, além das ordens jurídicas supranacionais e internacionais existentes.

<sup>331</sup> As premissas normativas internacionais têm, cada vez mais, sido incorporadas pelas constituições contemporâneas, em um processo que pode ser adequadamente traduzido como de *“intrusion massive des normes et standards externes dans les droits publics internes”* (AUBY, Jean-Bernard. *Globalisation et droit public*, 14 *European Review of Public Law* 1219-1247, 2002, p. 1232). Peters aponta quatro fatores responsáveis pela proliferação das referências constitucionais à lei internacional: *“First, the collapse of the socialist bloc a decade ago necessitated the elaboration of entirely new constitutions for former communist countries turning to a liberal rule of Law and market economy. In a way that is typical of politics with a totalitarian past the transformed states have been ready (or were urged) to pledge fidelity to international Law* (references to art. 28 of the Greek Constitution (1975); art. 8 of the Portuguese Constitution (1976); art. 96 of the Spanish Constitution (1978), all of them marking the new beginning after the defeat of dictatorship). *Second, the integration of states within the EU and within other international organizations has progressed. This process requires the member states to amend their domestic constitutions (see in more detail below section B.). Third, new international institutions with far-reaching powers, such as the ICC, have been created. Finally, the international community, or at least its most powerful members, have been supervising regime changes and have induced, accompanied, steered, or even installed new state constitutions, such as the Constitutions of Cambodia (1993), Bosnia and Herzegovina (1995), 14 South Africa (1996), East Timor (2002), Afghanistan (2004), Iraq (interim Constitution of 2004), or Kosovo (2008). Daniel Thurer has described these processes, intensely conditioned, steered and modeled by international Law, as ‘cosmopolitan constitutional development’ (Daniel Thurer, ‘Kosmpolitische*

sujeita-se à compreensão que cada ordenamento nacional, casuisticamente, tem acerca da relação entre o regramento jurídico supranacional, internacional e as normas do direito interno.

Assim, há de se dirimir, nesse contexto, três conflitos normativos diferentes:

1) conflito entre norma nacional e supranacional; 2) conflito entre norma supranacional e internacional; 3) conflito entre norma nacional e internacional. Quanto a esse último, o qual interessa ao presente trabalho, deixa-se a explanação do mesmo para o final, especialmente porque a análise quanto a ele será propositiva - denotando, como se verá, entendimento minoritário esposado na presente Tese-, enquanto o exame dos dois primeiros pontos far-se-á de maneira descritiva, albergando o entendimento maciçamente prevalente tanto na doutrina quanto na jurisprudência:

### 5.1.1 - Conflito entre norma nacional e supranacional

No que tange ao conflito entre norma nacional e supranacional<sup>332</sup>, à falta de disposição normativa específica em tratados internacionais, a discussão se diluiu, ao longo dos anos, pelo ativismo judicial da Corte de Justiça da Comunidade Europeia. Tomando-se como exemplo de norma supranacional o presente no direito comunitário europeu, em caso de colidência, dentro desse ordenamento jurídico, de uma norma nacional com uma norma comunitária, reconhece-se a primazia da norma comunitária<sup>333</sup>. O monismo jurídico, com supremacia do direito internacional, é imperativamente desenhado para todos os Estados da Comunidade Europeia, que devem adotá-lo como procedimento único<sup>334</sup> de inter-relação

---

*Verfassungsentwicklungen'* in Daniel Thurer, *Kosmopolitisches Staatsrecht*, Schulthess Zurich 2005, vol 1, 3-39)" (PETERS, Anne, 'Supremacy Lost: International Law Meets', in *Domestic Constitutional Law Vienna Journal on International Constitutional Law*, 3/2009, P. 173).

<sup>332</sup> Para melhor pesquisa acerca do princípio da prevalência do Direito Comunitário ver: MOURA RAMOS, Rui Manoel Gens de. *Das Comunidades à União Européia* – estudos de direito comunitário. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 100; MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito Internacional da Integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p.202-206; CASELLA. Paulo Borba. *Comunidade Europeia e seu Ordenamento Jurídico*. São Paulo: LTR, 1994, p. 306-314.

<sup>333</sup> O referido princípio é, para Lecourt, um dos eixos fundantes do Direito Comunitário (LE COURT, Robert. *L'Europe des Juges*, Bruxelas, *Établissement Emile Bruylant*, 1976, p. 248), muito embora a maioria das Constituições dos Estados europeus não garanta, textualmente, à norma internacional, precedência em face de seu texto constitucional.

<sup>334</sup> O método de relação entre ordenamentos (interno e internacional) pregado pelo monismo é, assim, nas precisas palavras de Isaac, o "único compatível com um sistema de integração" (ISAAC, Guy, *Manual de Derecho Comunitario General*, Barcelona: Ariel, 2000, p. 235).

entre ordenamento jurídico interno e ordenamento jurídico internacional<sup>335</sup>. A regra aplica-se, portanto, inclusive aos Estados que, tradicionalmente, adotam a teoria dualista para reger o esquema de aplicação, no plano interno, das normas de Direito Internacional<sup>336</sup>.

Essa primazia não é reconhecida pacificamente pelas instâncias jurisdicionais nacionais dos Estados europeus<sup>337</sup>. O Tribunal Constitucional Federal Alemão e o Supremo Tribunal Dinamarquês, embora favoráveis, em suas decisões, ao processo de integração comunitária, possuem, ainda, uma jurisprudência marcadamente nacionalista, eis que, em suas manifestações, reivindicam o direito de analisar a compatibilidade do direito derivado comunitário com o direito constitucional interno<sup>338</sup>. Essa postura, segundo o Relatório da Comissão dos Assuntos Jurídicos e dos Direitos dos

---

<sup>335</sup> Nenhum tratado comunitário contém qualquer tipo de disposição normativa expressa acerca da hierarquia dos três diversos níveis de Direito (Direito interno, Direito supranacional e Direito internacional). Há inclusive na Resolução do Parlamento Europeu que trata das relações entre o Direito Público, o Direito Comunitário e o Direito Constitucional dos Estados-Membros, solicitação expressa no sentido de que o princípio da primazia do Direito Comunitário seja diretamente previsto no Tratado da Comunidade Europeia (artigo 12 da Resolução). Saliente-se, por relevante, que o artigo 2º do Protocolo sobre a aplicação dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade do Tratado de Amsterdã, ao prever que a aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade “não afetará os princípios definidos pelo Tribunal de Justiça quanto à relação entre o direito nacional e o direito comunitário”, consagra, ainda que, de forma indireta, o princípio do primado do Direito Comunitário. (Protocolo. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html#0105010010>. Acesso em: 20 mai. 2012, às 7h).

<sup>336</sup> A obrigatoriedade de aplicação do monismo pode ser extraída, entre outras previsões, dos artigos 234, que trata implicitamente da aplicabilidade imediata, pelos órgãos internos, das normas internacionais, ao prever a interposição de questões prejudiciais suscitadas pelo magistrado nacional ao Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, e 249, que trata da aplicabilidade direta dos regulamentos do Tratado da Comunidade Europeia.

<sup>337</sup> Em Portugal, há entendimento no sentido de que a norma de Direito Comunitário (originário ou derivado) prevalece sobre a própria Constituição, considerando, até mesmo, o direito interno contrário como “nulo” (CORREIA BAPTISTA, Eduardo. *Direito internacional público – conceito e fontes*. Lisboa: Lex, v. I, 1998, p. 445-451). A regra da primazia, não admitida pela maioria dos tribunais nacionais é, entretanto, seguida pelos tribunais internacionais, que, pelo contrário, pregam a supremacia da lei internacional em face da lei local, seja de qual natureza for. Nesse sentido, enquanto os tribunais internacionais afirmam a supremacia sobre toda a legislação nacional, incluindo o direito constitucional, esta alegação é rejeitada por autores, os quais, muitas vezes, não aceitam a supremacia frente à constituição nacional. A posição de muitos tribunais internacionais, entretanto, como já se disse, parece ser no sentido de que o direito internacional tem precedência sobre todo o direito nacional, incluindo constituições nacionais (PETERS, Anne, ‘*Supremacy Lost: International Law Meets*’, in *Domestic Constitutional Law Vienna Journal on International Constitutional Law*, 3/2009, p. 170,172 e 183). O entendimento acerca da supremacia da norma supraestatal, por parte de órgãos internacionais não é, entretanto, recente. A primeira manifestação expressa remonta há mais de um século, conforme se pode verificar no julgamento pelo Tribunal Arbitral do caso Montijo, travado entre os Estados Unidos e a Colômbia, em 1875: “um tratado é superior à Constituição. É a legislação da República que tem de se adaptar ao tratado e não o tratado à lei” (MOORE, John Bassett. *History and Digest of International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Government Printing Office Washington 1898, vol. 2, 1421, 1440).

<sup>338</sup> Também nessa linha distintiva, há posicionamento no sentido de que a regra da primazia só diz respeito aos conflitos com normas internas de valor infraconstitucional, tendo em vista a competência do Tribunal Constitucional de fiscalizar a constitucionalidade de qualquer norma vigente no ordenamento jurídico nacional, ainda que de origem comunitária (GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito Comunitário*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 197).

Cidadãos do Parlamento Europeu, representa um sério atentado aos próprios fundamentos da Comunidade Europeia, já que põe em juízo de valor a própria aplicação uniforme do Direito Comunitário<sup>339</sup>. A referida postura representa um nítido e inaceitável controle do Direito Comunitário por parte de órgãos nacionais tendo, por fundamento, o direito constitucional interno<sup>340</sup>.

Esse controle do direito comunitário, por parte do direito nacional, é totalmente incompatível com o princípio da primazia do direito comunitário, bem como com as diretrizes traçadas pelo acórdão *Foto-Frost* do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, segundo o qual os órgãos nacionais não possuem competência para declarar nulos os atos das instâncias comunitárias. (Acórdão do tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 22.10.1987, processo 314/85, Foto-Frost, Col. p. 4199 e segs). O Tribunal Alemão, valendo-se de tais premissas – as quais ignoram nitidamente o princípio do primado do direito comunitário-, comete uma verdadeira invenção hermenêutica, ao apreciar o direito comunitário à luz do Direito Constitucional alemão. A Suprema Corte Alemã, assim agindo, desconhece a competência legiferante do Parlamento Europeu sob o falho argumento de que, por não possuir um povo europeu que possa ser uniformemente seu representante, não constitui propriamente um Parlamento em sua verdadeira essência. Esse posicionamento invalida um princípio fundamental básico da União Europeia, que é a sua unificação baseada exatamente na pluralidade dos seus povos, e não na falsa expectativa de formação e existência de um povo europeu<sup>341</sup>.

---

<sup>339</sup> Ainda segundo o relatório, o Tribunal Constitucional Federal Alemão entende, equivocadamente, que “a transferência de poderes para a Comunidade Europeia, tenderia a esvaziar o princípio democrático” (ponto “2.3.d” do Relatório) . O Tribunal Constitucional Federal Alemão arvora-se no direito de controlar os atos legislativos das instituições e dos órgãos europeus para verificar se os mesmos se submetem aos limites do regime de soberania que lhe foram concedidos, manifestando-se, ainda, no sentido de que os órgãos estatais alemães estão impedidos, por mandamento constitucional, de aceitar a vigência, em território alemão, de atos normativos comunitários que não estejam abrangidos pela lei que aprova a adesão do tratado. . (Relatório Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1997-0278+0+DOC+XML+V0//PT#\\_part6\\_def1](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1997-0278+0+DOC+XML+V0//PT#_part6_def1). Acesso em: 22 mai. 2012, às 11 h).

<sup>340</sup> Canotilho aponta que “o princípio da primazia do direito comunitário e o conseqüente princípio da prioridade ou apreensão de competência desbanca o direito nacional e ousa mesmo afirmar (mas aqui com sérias reticências de muitos quadrantes jurídicos, políticos, doutrinários) a sua proeminência sobre a Constituição dos Estados-Membros” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Almedina, 1999, p. 231-232).

<sup>341</sup> Atento a tais circunstâncias, o Parlamento Europeu, através da já referida Resolução sobre relações entre o Direito Público, o Direito Comunitário e o Direito Constitucional dos Estados-Membros, manifestou sua “apreensão face aos desenvolvimentos que se registram em determinados setores das jurisdições nacionais, os quais, contrariando o Direito Comunitário, têm vindo a considerar a possibilidade de rever o Direito derivado comunitário” (artigo 9 da Resolução).

Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, a partir do julgamento do caso Costa/Enel, em 1964 – cuja disciplina e entendimentos jurídicos foram repetidos, posteriormente, através de diversos julgados no mesmo sentido – a prevalência da norma comunitária advém da transferência, por parte dos Estados-Membros, de determinadas frações de sua soberania em favor da Comunidade Europeia<sup>342</sup>. O Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, no já citado acórdão 6/64 (Costa x Enel), explicitou as bases metodológicas através das quais se deve reger a aproximação entre o ordenamento interno e o comunitário: independência/autonomia do Direito Comunitário em face do Direito Nacional<sup>343</sup>, caráter complementar-integrativo do Direito Comunitário, primazia deste em relação aos ordenamentos internos e eficácia direta das normas comunitárias nos ordenamentos nacionais<sup>344</sup>. Segundo a disciplina perseguida pelo citado acórdão, a integração, no Direito de cada Estado-Membro, de disposições provenientes de fonte comunitária e, mais geralmente, os termos e o espírito do Tratado têm, por corolário, a impossibilidade, para os Estados, de fazerem prevalecer, sobre uma ordem jurídica por eles aceita em uma base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior que não se lhes pode opor. Com efeito, a eficácia do direito comunitário não pode variar de um Estado para outro em função de legislação interna posterior. As obrigações assumidas no Tratado que institui a Comunidade não seriam absolutas, mas apenas eventuais, se pudessem ser postas em causa por posteriores atos legislativos dos signatários.

O teor do acórdão deixa claro que o primado do direito comunitário é confirmado pelo artigo 189.º, nos termos do qual os regulamentos têm valor obrigatório e são diretamente aplicáveis em todos os Estados-Membros. Essa disposição, que não é acompanhada de qualquer reserva, seria destituída de significado, se um Estado pudesse, unilateralmente, anular os seus efeitos através de um ato legislativo oponível aos textos comunitários<sup>345</sup>. Resulta do conjunto desses elementos, que ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autônoma, em virtude da sua natureza originária

---

<sup>342</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, 15 de Julho de 1964, processo nº 6/64., Flamínio Costa contra E.N.E.L., acórdão de 15 de Julho de 1964, Colect., 1962-1964, p. 549.

<sup>343</sup> O Direito Comunitário goza de autonomia, porque “integrado embora no Direito Internacional em sentido amplo, ele caracteriza-se não só por diferentes modos de formação (ou por modos de formação que nele têm um relevo diferente que lhes é reconhecido no Direito Internacional Geral), como por diferenças assimiláveis na sua aplicação” (MOURA RAMOS, Rui Manoel Gens de. *Das Comunidades à União Européia* – estudos de direito comunitário. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 100).

<sup>344</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, 15 de Julho de 1964, processo nº 6/64, “Flamínio Costa contra E.N.E.L.”, acórdão de 15 de Julho de 1964, Colect., 1962-1964, p. 549.

<sup>345</sup> Ibid.

específica, não pode ser oposto em juízo um texto interno, qualquer que seja, sem que perca a sua natureza comunitária e sem que sejam postos em causa os fundamentos jurídicos da própria comunidade<sup>346</sup>. Conclui-se, portanto, no entendimento esposado no referido acórdão, que os objetivos do Tratado da Comunidade Europeia estariam em risco, caso a validade dos atos comunitários variassem de acordo com a legislação nacional adotada por cada Estado.

Mais recentemente, a Corte Europeia, através do acórdão *Simmenthal*<sup>347</sup>, consolidou o princípio da primazia do Direito Comunitário, ao revesti-lo de superioridade incondicional e absoluta, tornando obrigação do magistrado nacional a aplicação do ato comunitário em detrimento do ato nacional contrário, independentemente de ser anterior ou posterior ao primeiro, declarando, ainda, que a vigência de uma norma comunitária impediria a aprovação de atos normativos internos incompatíveis<sup>348</sup>. O primado da norma comunitária, segundo os dois acórdãos acima – e, ainda, segundo o julgamento do caso *Comptoirs de Vente du Charbon de la Rhur* -, diz respeito inclusive às normas constitucionais<sup>349</sup>.

Pode-se concluir da análise de vários trechos desses acórdãos que a prevalência do Direito Comunitário defendida pelo Tribunal Europeu aplica-se mesmo em face das normas constitucionais. No caso *Costa-Enel*, a Corte determina que a norma de Direito comunitário deveria prevalecer sobre o texto do Direito nacional, “qualquer que este fosse”<sup>350</sup>, esclarecendo, no acórdão *Simmenthal*, que a obrigação do juiz de descartar a aplicação do Direito interno contraditório com o Direito comunitário refere-se a

---

<sup>346</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, 15 de Julho de 1964, processo nº 6/64, “Flamínio Costa contra E.N.E.L.”, acórdão de 15 de Julho de 1964, Colect., 1962-1964, p. 549.

<sup>347</sup> O acórdão *Simmenthal* consagrou o princípio da não aplicabilidade do direito nacional contrário, ao salientar que o magistrado nacional “tem o dever de não aplicar o ato jurídico interno que seja incompatível com o direito comunitário” (Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 09.03.1978, processo 106/77, *Simmenthal*, Col., p. 645 e segs., § 21).

<sup>348</sup> O princípio da primazia da norma comunitária pode ser afastado, entretanto, em determinadas situações, em cuja ocorrência não haverá a neutralização do direito interno em favor do direito comunitário, mas, contrariamente, a prevalência da norma nacional. Referidas hipóteses ocorrem, quando da aplicação de cláusulas de salvaguarda da ordem pública nacional (*vejam-se*: quanto a tais normas, os exemplos contidos nos artigos 30, 39, 46 e 58 do Tratado da Comunidade Europeia), no caso de situações estritamente internas, bem como nos casos de extra-atividade da norma penal benéfica, eis que, neste último caso, o direito penal interno terá a função de estender as liberdades individuais, liberdades estas que estariam comprometidas, no caso concreto, caso a norma comunitária *in malam partem* possuísse efeito retroativo ou ultrativo.

<sup>349</sup> Acórdão *Comptoir de vente du Charbon de la Ruhr [1960]* Disponível em: <https://eucaseLaw.wordpress.com/2013/06/21/stork-1959/>. Acesso em: 22 fev.2015. Sobre aspectos constitucionais do primado do Direito Comunitário sobre o Direito Interno, *ver*:: PALMA, Maria Fernanda. Direito Constitucional Penal. Coimbra: Almedina, 2006, p.152.

<sup>350</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, 15 de Julho de 1964, processo nº 6/64., “Flamínio Costa contra E.N.E.L.”, acórdão de 15 de Julho de 1964, Colect., 1962-1964, p. 549.

“qualquer disposição eventualmente contrária da lei nacional”<sup>351</sup>. O Tribunal chegou a proclamar expressamente, no caso *Comptoirs de Vente du Charbon de la Rhur*, que “o Direito comunitário não pode ser invalidado pelo direito interno, ainda que de nível constitucional”<sup>352</sup>. Especificamente no trato da questão do conflito do direito comunitário com o direito constitucional interno, o acórdão *Internationale Handelsge-Sellchaft*, de 1970, reiterou a preferência da ordem comunitária em face da ordem interna. Segundo o referido acórdão, a aplicação uniforme do direito comunitário restaria comprometida, caso se valesse das normas ou dos princípios de direito interno para se decidir acerca da validade dos atos das instituições comunitárias<sup>353</sup>.

Segundo o Relatório da Comissão dos Assuntos Jurídicos e dos Direitos dos Cidadãos do Parlamento Europeu e a Resolução do Parlamento Europeu<sup>354</sup>, que tratam das relações entre o Direito Público, o Direito Comunitário e o Direito Constitucional dos Estados-Membros<sup>355</sup>, todas as disposições normativas nacionais devem submeter-se ao disposto no Direito Comunitário, já que, em caso contrário, o mesmo perderia o seu conteúdo supranacional e se arriscariam os próprios fundamentos da Comunidade Europeia<sup>356</sup>. Ainda segundo as conclusões do Relatório e o conteúdo da Resolução, a teleologia do Direito Comunitário exige que o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia deve ser a única instância jurisdicional capaz de se manifestar, de forma

---

<sup>351</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 09.03.1978, processo 106/77, *Simmmenthal*, Col., p. 645 e segs., § 21.

<sup>352</sup> Também no acórdão *Stork*, de 1959, foi dito que os princípios constitucionais nacionais não fazem parte do direito comunitário e, como tal, não servem de fundamento para apreciar a validade de uma qualquer disposição comunitária, ainda que de direito secundário. (Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias *Stork* [1959] e *Comptoir de vente du Charbon de la Ruhr* [1960]. Disponível em: <https://eucaseLaw.wordpress.com/2013/06/21/stork-1959>. Acesso em: 22 fev. 2015.

<sup>353</sup> Acórdão *International Handelsge-sellschaft*, proc. n. 11/70, Colect. 1970, p.1125. Deve-se perceber, no entanto, que esta convicção não é unanimemente compartilhada nas instâncias nacionais, especialmente, naqueles Estados onde foram instituídas Cortes Constitucionais – sempre muito zelosas na proteção das respectivas Constituições – havendo ainda muita resistência quanto ao reconhecimento da supremacia do direito comunitário em relação às Constituições nacionais (REIS, M. M. 2001. Mercosul, União Europeia e Constituição: a integração dos estados e os ordenamentos jurídicos nacionais. Rio de Janeiro: Renovar, p. 328).

<sup>354</sup> Resolução disponível em: <http://eur-Law.eu/PT/Resolucao-sobre-relacoes-Direito-Internacional-Publico-Direito-Comunitario,174351,d>. Acesso em: 23 mai. 2012, às 08 h.

<sup>355</sup> Relatório disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1997-0278+0+DOC+XML+V0//PT#\\_part6\\_def1](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1997-0278+0+DOC+XML+V0//PT#_part6_def1). Acesso em: 22 mai. 2012, às 11 h.

<sup>356</sup> O artigo 3 da referida resolução aponta que “nenhuma disposição nacional poderá prevalecer sobre o Direito Comunitário, sob pena de o mesmo perder o seu carácter e de se colocarem em causa os próprios fundamentos da Comunidade”.

vinculante, a respeito da interpretação e da aplicação do Direito Comunitário<sup>357</sup>. O Relatório e a Resolução apontam também que as atribuições de competências dos Estados-Membros às instituições da União Europeia devem ter, por premissa, a consideração de que a União Europeia possui competências soberanas, já que essas, ao serem transferidas, deixam de estar na seara competencial exclusiva dos Estados, o que leva à conclusão de que os juízes e tribunais nacionais não podem revisar as decisões que as instituições comunitárias proferirem no uso de suas competências<sup>358</sup>.

### 5.1.2 - Conflito entre norma supranacional e internacional

Restando claro, conforme discorrido acima, que as particularidades nacionais não podem representar um entrave à aplicação de tratados internacionais que se apliquem aos mais diversos Estados, pode ocorrer – e rotineiramente ocorre – que um Estado esteja obrigado a cumprir diretrizes objetivamente contraditórias, quando da adesão a tratados internacionais e determinados acordos de origem transnacional. Nesse caso, cumpriria extrair o mesmo raciocínio desempenhado acima para afirmar que também as

---

<sup>357</sup> Art. 10 da Resolução: “de acordo com a lógica do Direito Comunitário, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias deve ser o único órgão judicial com poder para decidir de forma vinculativa acerca da interpretação e aplicação do Direito Comunitário”. O Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia detém, assim, competência exclusiva para decidir, em última instância, sobre o alcance das atribuições e competências dos órgãos comunitários. O artigo 177 do Tratado da União Europeia aponta que “o Tribunal de Justiça é competente para decidir a título prejudicial: a) Sobre a interpretação do presente Tratado; b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas Instituições da Comunidade e pelo BCE; c) Sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados por acto do Conselho, desde que estes estatutos o prevejam”.

<sup>358</sup> Esta é a previsão do artigo 13 da já citada resolução: “que as transferências de competência susceptíveis de afectar a soberania das instituições da UE devem supor o reconhecimento de que a UE assume competências soberanas, que deixam de estar no âmbito exclusivo dos Estados, pelo que os tribunais nacionais não podem rever as decisões que as instituições comunitárias tomarem no âmbito de tais competências”. No que tange a essa delicada questão da soberania, o relatório conclui, entretanto, com base na jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, que a Comunidade, diferentemente dos Estados-Membros, não possui uma “courage de soberania” em relação aos atos de direito internacional em cuja elaboração participou. Neste ponto, o desfecho do relatório dispõe no seguinte sentido: “Os Estados, pelo contrário, possuem em qualquer circunstância uma soberania inquestionável do ponto de vista do direito internacional. Para estes, basta que o seu direito constitucional preveja que os Tratados internacionais só passem a produzir efeitos após a entrada em vigor de disposições que declarem aplicável em direito interno o acto de direito internacional (disposições de execução) ou depois do conteúdo do acto de direito internacional revestir as formas do direito interno (transformação). Conviria, em princípio, exigir o mesmo para a Comunidade a fim de que esta possa ter um tratamento de igualdade no plano internacional. Importará, para tanto, modificar o Tratado nesse sentido” (Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1997-0278+0+DOC+XML+V0/PT#\\_part6\\_def1](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1997-0278+0+DOC+XML+V0/PT#_part6_def1). Acesso em: 18 mai. 2012, às 17 h).



particularidades regionais não poderiam representar obstáculos à concretização de normativos universais, previstos em tratados internacionais. Nesse ponto, entretanto, outro fator complicador se apresenta diante da questão: tanto as normas internacionais quanto as normas supranacionais possuem, como substrato legitimador, normas de Direito Internacional (tratados e convenções). A relação entre normas internacionais e supranacionais não detém esse perfil hierarquizante e neutralizador existente nas relações entre direito interno e direito internacional e entre direito interno e direito supranacional, eis que ambas possuem uma mesma base e fundamento jurídico<sup>359</sup>.

Assim, em 1991, a Corte Europeia de Justiça decidiu<sup>360</sup> que a proibição de trabalho noturno às mulheres, imposta por Convenção celebrada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>361</sup> desrespeitaria o princípio supranacional de igualdade absoluta entre homens e mulheres. A partir da referida decisão, que sobrepôs a norma supranacional em face da norma genérica internacional, todos os Estados-Membros da Comunidade Europeia foram compelidos a não mais aplicar a Convenção da Organização Internacional do Trabalho que dispõe sobre a proibição do trabalho noturno das mulheres. Diferentemente do que deve ocorrer na relação entre norma interna e norma internacional, bem como entre norma interna e supranacional, - casos em que sempre haverá a neutralização da norma interna em favor da vigência da norma internacional ou supranacional -, o sistema normativo dualista entre norma internacional e supranacional, para os países que a ele se submetem, pode gerar a neutralização da norma teoricamente de maior abrangência (norma externa internacional) em detrimento do preceito contido na ordem jurídica comunitária (norma supranacional interna)<sup>362</sup>. À falta de normativo

---

<sup>359</sup> O Direito Comunitário extrai sua valia do mesmo princípio geral que dispõe que o costume (*consuetudo*) e a convicção jurídica (*opinio iuris*) criam o direito internacional.

<sup>360</sup> CJCE, 25 de julho de 1991, Stoeckel, C-346/89, I-4047.

<sup>361</sup> A proibição está disposta no artigo 3º da Convenção n. 89 da Organização Internacional do trabalho, aprovada na 31ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em São Francisco, 1948, a qual entrou em vigor no plano internacional em 27 de fevereiro de 1951: “Sem distinção de idade, as mulheres não poderão ser empregadas durante a noite em nenhum estabelecimento industrial público ou privado, como tão pouco em qualquer dependência de um desses estabelecimentos, exceção feita dos estabelecimentos onde são só empregados os membros de uma mesma família”.

<sup>362</sup> Farah traz outro exemplo prático de conflito entre uma norma supranacional e uma norma internacional: “Uma jurisdição dinamarquesa havia condenado à multa o jornalista responsável pela difusão de mensagens racistas proferidas pelos entrevistados. De acordo com a Corte Europeia de Direitos Humanos, tal condenação proferida pela jurisdição dinamarquesa violava o artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, quanto ao direito à liberdade de expressão. A Dinamarca alegou ser parte contratante da Convenção de 21 de dezembro de 1965 sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, devendo, desse modo, prevenir e reprimir todas as formas de discriminação racial, por quaisquer instrumentos de comunicação. O conflito entre a norma internacional e a norma supranacional foi resolvido

internacional ou comunitário que analise essa inter-relação, a Resolução do Parlamento Europeu que trata das relações entre o Direito Público, o Direito Comunitário e o Direito Constitucional dos Estados-Membros traz, no seu ponto 14<sup>363</sup>, solicitação no sentido de que o Tratado da Comunidade Europeia aborde expressamente da relação entre o Direito Internacional e o Direito Comunitário, para que a Comunidade Europeia equipare-se, nesse aspecto, aos Estados nacionais, o que representaria a não aplicabilidade direta do Direito Internacional, que passaria a ter vigência contrária apenas quando declarada a sua aceitação através de um ato interno da Comunidade Europeia, ou após a transformação do seu conteúdo em formas jurídicas do Direito da Comunidade Europeia.

### **5.1.3 - Conflito entre norma nacional e internacional: da assimilação das características das normas comunitárias**

A instrumentalização da disciplina de integração da norma internacional no plano interno segue, conforme já visto no ponto 2.2, as proposições do monismo e do dualismo. Embora tratado por Rousseau como mera “*discussion d'école*”<sup>364</sup>, a controvérsia doutrinária acerca das teorias monistas e dualistas tem relevantíssimas consequências práticas, já que a necessidade, ou não, de atuação dos instrumentos constitucionais de transposição do tratado, acordo ou convenção internacional para a ordem jurídica doméstica, dirá respeito, muito além de uma simples discussão acerca da forma de incorporação de normas, ao próprio início da validade e à eficácia da norma internacional no plano interno e, portanto, no que importa ao presente trabalho, ao grau de aproximação das normas internas dos diversos Estados.

---

pela Corte Europeia de Direitos Humanos, cuja competência se limita a verificar se um Estado-membro da Convenção Europeia de Direitos Humanos respeita ou viola, dentro de sua ordem interna, os direitos garantidos por esta Convenção. Pelo raciocínio da Corte Europeia de Direitos Humanos, a Convenção de 21 de dezembro de 1965 deve ser levada em consideração quanto a seus efeitos produzidos na ordem nacional dinamarquesa, porém a questão apreciada pela Corte Europeia de Direitos Humanos é de outra ordem, isto é, ela se pronuncia sobre uma questão de direito internacional, qual seja, o conflito entre a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Convenção internacional contra o racismo” (LIMA, José Antônio Farah Lopes de. *Constituição Europeia e Soberania Nacional*, Campinas: Editora JH Mizuno, 2006, p. 167).

<sup>363</sup> Segundo o seu teor, o Parlamento Europeu, categoricamente, “solicita uma clarificação, consagrada no Tratado CE, da relação entre o Direito Internacional Público e o Direito Comunitário no sentido de uma equiparação da CE aos Estados nacionais, o que significa que o Direito Internacional Público não é directamente aplicável, só o sendo depois de declarada a sua aplicabilidade através de um acto de direito interno da CE ou após a transformação do seu conteúdo em formas jurídicas comunitárias”.

<sup>364</sup> ROSSEAU, Charles, *Droit International Public Approfondi*, Dalloz, Paris, p. 03/16.

O dualismo prega a divisibilidade do ordenamento internacional e interno, de modo que uma norma internacional só será recepcionada internamente após sua ratificação formal, através dos mecanismos e órgãos competentes para tanto, segundo os comandos constitucionais dispostos em cada ordenamento nacional, especificamente<sup>365</sup>. Não havendo ratificação interna, a norma internacional não será válida no plano interno, mas apenas no próprio sistema jurídico extranacional<sup>366</sup>. Críticas severas e bem postas são direcionadas à corrente dualista, já que, ao se entender que o ordenamento internacional e o ordenamento interno constituem conjuntos discrepantes, acaba-se por reconhecer que um dos ordenamentos será, fatalmente, não jurídico<sup>367</sup>, pois o antagonismo leva ao reconhecimento de que, se um é direito, o outro não o será<sup>368</sup>. O sistema jurídico interno e o sistema jurídico internacional não constituem opostos polares, mas, sim, conjuntos interligados que representam, sob a óptica de cada país, um sistema de normas que se

---

<sup>365</sup> Segundo Kelsen, esse processo de transformação interna é necessário porque, segundo o entendimento dualista, os órgãos do Estado apenas estão autorizados, segundo a Constituição, a aplicar Direito nacional e, assim, somente poderiam "aplicar o Direito Internacional quando o seu conteúdo tenha se revestido sob a forma de direito nacional – transformado em Direito estadual" (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 352-353).

<sup>366</sup> Conforme observa Pontes de Miranda, para a teoria dualista, o Direito das Gentes faz-se interno, por ter sido adotado pelo Direito estatal. Em caso de antagonismo, prevalece o Direito interno. Devem o juiz e o súdito, portanto, observá-lo, restando, ao Estado, suportar as consequências (MIRANDA, Pontes de, *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo I. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1967, p. 208). Tornando ainda mais complexos e desuniformes os entendimentos quanto à relação entre direito interno e internacional – e, conseqüentemente, também tornando difíceis as soluções devido a problemas de ajustamento entre ordenamentos –, cumpre asseverar que, mesmo em países adeptos da corrente dualista, ressoam posicionamentos no sentido de que nem todas as espécies de normas internacionais precisariam submeter-se a um processo de integração normativa no ordenamento jurídico interno. O Brasil, por exemplo, através de seu Supremo Tribunal Federal, admitiu que a norma consuetudinária, de fonte normativa não convencional, dispõe de exequibilidade e de aplicabilidade automáticas no plano interno. Nesse entendimento específico, o dualismo atingiria apenas a autoridade das normas derivadas de fontes convencionais – de origem, portanto, não consuetudinárias –, as quais, somente elas, reclamariam procedimento formal de incorporação para adquirirem, no plano nacional, no caso, no território brasileiro, validade e eficácia. Nesse sentido, a Suprema Corte brasileira, no julgamento *Nogueira vs. Estados Unidos da América*, deixou assente que apenas os acordos, convenções e tratados internacionais possuíam autoridade e operatividade dependentes, na ordem interna, de um procedimento de ratificação formal por parte do Poder Legislativo. Seguiram, nesse ponto, as jurisprudências históricas das Cortes Supremas do Reino Unido, à época, ainda vinculadas ao Parlamento britânico, e dos Estados Unidos da América, no sentido de sedimentar o princípio de que "*international Law is part of the Law of the land*" (FRANCONI, Francesco. *International Law as a Common Language for National Courts*, in *Texas International Law Journal*, vol. 36, p. 588).

<sup>367</sup> O próprio reconhecimento do Direito Internacional como um corpo normativo válido tem observado um processo bastante gradual (OPPENHEIM, L. *Oppenheim's International Law, Ninth Edition*, edited by Sir R. Jennings and Sir A. Watts, 1992, v. 1, p. 3 e segs.).

<sup>368</sup> O professor Pontes de Miranda discorre: "Direito interno e Direito das Gentes devem coexistir. Se não coexistem, e a regra jurídica do Direito interno discrepa da regra jurídica do Direito das Gentes, só uma delas é o direito. As duas, antagônicas, não podem subsistir. O Direito das Gentes irá prevalecer, ou não há Direito das Gentes. Ou o Direito das Gentes domina o Direito interno, ou não é. Ou lhe cabe o primado, ou ele não existe" (MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo I. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1967, p. 208).

completam e que podem, apenas pontualmente, excluir um ao outro. Assim é que um tratado internacional pode tornar inválida uma norma interna (nos países adeptos do monismo internacional), ou uma norma interna mais recente pode invalidar uma norma internacional anterior (nos Estados que adotam o monismo nacional).

Os argumentos rotineiramente postos pelos dualistas para apontar os ordenamentos interno e internacional como coexistentes e independentes (ambos tendo, portanto, validade e eficácia em paralelo, sem possibilidade de conflitos entre eles), são, verdadeiramente, inconsistentes. O entendimento de que os dois ramos apresentam diferentes relações sociais – sendo o Estado o único sujeito de direito na ordem internacional, enquanto a ordem interna acolheria o Estado e o homem como sujeitos – é veementemente combatida pela doutrina contemporânea. As premissas de que os dois ramos possuem fontes específicas, resultando o Direito interno da vontade exclusiva do Estado soberano, e o Direito Internacional da vontade coletiva de vários Estados, regulam matérias diversas, de modo que a noção de que o Direito Interno trata da relação entre Estado e indivíduo, enquanto o Direito Internacional permanece regulando as condutas entre Estados ou entre estes e os organismos internacionais é contestada desde Kelsen. Segundo o autor, os métodos de legitimação são, neste aspecto, diferentes no direito nacional e no internacional, mas essa não é uma diferença em princípio<sup>369</sup>. Segundo Kelsen, mesmo que o Direito nacional fosse criado de um modo totalmente diverso daquele pelo qual é elaborado o Direito Internacional, tal diferença nas fontes não significa que as normas criadas de modos diferentes pertencem a sistemas jurídicos diferentes e mutuamente independentes<sup>370</sup>.

Outra dificuldade que se apresenta com a operacionalização do dualismo é a possibilidade de responsabilização internacional do Estado quando da existência de normas internas que sejam contrárias ao Direito Internacional. O sistema jurídico internacional

---

<sup>369</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 518/520.

<sup>370</sup> Ainda segundo Kelsen, “existem certas matérias específicas do Direito Internacional, matérias que podem ser regulamentadas apenas por normas criadas por dois ou vários Estados. Essas matérias são a determinação das esferas de validade das ordens jurídicas nacionais e os processos de criação do próprio Direito Internacional. Mas não existe nenhuma matéria que possa ser regulamentada apenas pelo Direito nacional, e não pelo Direito internacional. Todas as matérias que são, ou podem ser, regulamentadas pelo Direito nacional também estão abertas à regulamentação pelo Direito internacional. Portanto, é impossível fundamentar a visão pluralista em uma diferença de matéria entre o Direito internacional e o Direito nacional” (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 518-520). Ver, ainda, quanto ao tema: CASSESE, Alberto. *Modern Constitutions and International Law, Recueil des Cours*, v. 192, 1985, p. 331-475.

vale-se da alternativa de responsabilização como mecanismo de manutenção de sua primazia perante ordens jurídicas nacionais, fato que não desfaz a problemática de haver um mesmo tratado, assinado por vários países, mas apenas incorporado por parte desses, havendo, portanto, uma norma válida, no plano internacional, e, paradoxalmente, uma norma adversa e também válida no plano interno<sup>371</sup>. Resta claro que os Estados componentes da comunidade internacional têm, cada vez mais, dependido uns dos outros, em um fenômeno comumente atribuído à sua crescente institucionalização, exigindo-se, por isso, cada vez mais, a regulamentação desse processo de interdependência entre eles<sup>372</sup>.

Os Estados partidários do monismo sustentam que o ordenamento jurídico é uno, acomodando a norma internacional, no âmbito interno, com efeito direto e aplicabilidade imediata, independentemente de sua assimilação formal pelo ordenamento jurídico interno<sup>373</sup>. O monismo nacional tem origem no pensamento de Hegel, que aponta o Estado como detentor de soberania absoluta e irrestrita e, assim, em caso de conflito entre uma norma interna e uma norma internacional, prevalecerá a norma interna, eis que esta deve ser criada, exclusivamente, pelo Poder Legislativo interno<sup>374</sup>. Em sentido oposto, Kelsen, defensor do monismo internacionalista, nega, entretanto, a ideia de soberania dos Estados nacionais e as teorias pluralistas e estatalistas. Um Estado seria soberano, quando o seu ordenamento jurídico fosse supremo, fato que não acontece diante das normas

---

<sup>371</sup> Segundo Kelsen, “o Direito Internacional geralmente obriga um Estado a dar às suas normas certos conteúdos, se o Estado decretar normas com outros conteúdos estará sujeito a uma sanção internacional. Uma norma decretada com violação do Direito Internacional Geral permanece válida segundo o Direito Internacional Geral. O Direito Internacional Geral não estabelece nenhum processo pelo qual as normas de Direito nacional que são ‘ilegais’ possam ser abolidas (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 529). Nesse mesmo sentido, Dominique Carreau pontifica a validade das normas internas mesmo que contrárias às normas internacionais. O autor defende, com veemência, que o magistrado deve aplicar a lei nacional (interna), sem vincular-se à eventual responsabilização do Estado perante a ordem jurídica internacional. (CARREAU, Dominique. *Droit Communautaire et Droits Nationaux: Concurrence ou Primauté? La contribution de L’Arrêt Simenthal*. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*. Paris, 1978, p. 383).

<sup>372</sup> SZTUCKI, J., *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1974, p. 35, 165.

<sup>373</sup> Trazendo diferenciação quanto aos dois institutos, o Ministro Celso de Mello explicitou que a norma internacional possui efeito direto, quando detém aptidão para repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares, contendo, por outro aspecto, aplicabilidade imediata quando revestida de vigência automática na ordem jurídica interna (CR 8279 AgR/AT-Argentina, Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 17/06/1998. Publicação: Diário de Justiça, Data-10-08-00). Cumpre salientar que o Ministro, nesse mesmo julgado, asseverou que tais princípios não estão previstos no sistema constitucional brasileiro, inexistindo, nesse ordenamento, “cláusula geral de recepção automática dos atos internacionais”.

<sup>374</sup> HEGEL, G.W.F. *Lecciones sobre la Historia de la Filosofía*. Tradução de Wenceslao Roces, v. III, México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 333 e segs.

internacionais e da limitação das relações interestatais<sup>375</sup>. Essa última vertente monista também recebe críticas, eis que levanta direcionamentos teóricos muito distantes da realidade, não se podendo questionar seu enfraquecimento ante a constatação irrepreensível de que um Estado, para poder exigir a revogação de uma norma interna alheia, teria que ter a disponibilidade, até hoje, inexistente de validar suas reivindicações.

Passando ao largo dessas vicissitudes e complexidades, o Direito Comunitário, como visto acima, engessa a volatilidade dos Estados, que passam a adotar o monismo jurídico, com supremacia do Direito Internacional, advindo, a partir daí, a primazia do ordenamento jurídico comunitário em relação aos ordenamentos internos e a eficácia direta das normas comunitárias nos ordenamentos nacionais<sup>376</sup>. As vantagens advindas dessas duas últimas marcas características do Direito Comunitário (primazia e eficácia direta) – assinaladas jurisprudencialmente pelo seu Tribunal de Justiça<sup>377</sup> – deveriam, para uma melhor resolução das ligações estabelecidas entre as duas grandes culturas jurídicas — a europeu-continental e a anglo-americana – ser exportadas para o

---

<sup>375</sup> O jurista alemão Kelsen sustentava a teoria monista com primazia do Direito Internacional (negada pela grande maioria dos autores alemães da época - Felix Somló, Georg Jellinek, Paul Laband, Hugo Preuss, Heinrich Triepel e Adolf Lasson), segundo a qual uma norma teria sua origem em uma outra norma que lhe é superior, dela advindo sua obrigatoriedade. O Direito seria, nesse pensamento, um sistema único, já que todas as normas existentes legitimar-se-iam a partir de uma norma originária hipotética (*Grundnorm*). No início de sua ideia, Kelsen aduziu que, estando no ápice da pirâmide normativa, a *Grundnorm*, fundamental e embasante de todo o sistema, seria de livre escolha do jurista. Posteriormente, o mesmo autor considerou a norma fundamental como sendo uma norma de Direito Internacional, qual seja, a norma costumeira *pacta sunt servanda* que determina que os contratos firmados pelos Estados são obrigatórios para as partes. Em consequência, haveria uma preponderância da ordem internacional sobre a estatal, de forma a limitar a soberania dos Estados, determinando inclusive a inaplicabilidade das normas estaduais contrárias às normas internacionais (KELSEN, Hans, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre, Tübingen, Mohr, 1920*, trad. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale, Milano, Giuffrè, 1989*, p. 17-18, 355-402). *Veja-se*: também, quanto ao tema, o mesmo autor na sua clássica obra: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 322, 323 e 352.

<sup>376</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, 15 de julho de 1964, processo nº 6/64, “Flamínio Costa contra E.N.E.L.”, acórdão de 15 de Julho de 1964, Colect., 1962-1964, p. 549.

<sup>377</sup> Sobre os aludidos princípios e a relevância da contribuição do Tribunal de Justiça para o aperfeiçoamento das normas comunitárias, *ver*: CUNHA RODRIGUES, José Narciso da. *Que futuro para o processo penal na Europa?, In: Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 421. Referidos princípios foram consolidados pela jurisprudência do referido Tribunal, no implemento de sua função esculpida no art. 220 do Tratado da Comunidade Europeia, segundo o qual cumpre ao mesmo “assegurar o respeito do Direito na interpretação e aplicação dos Tratados”. Ainda no que tange a tais princípios, o Parecer da Comissão das Comunidades Europeias, de 19 de janeiro de 1972, relativo aos pedidos de adesão do Reino da Dinamarca, da Irlanda, do Reino da Noruega e do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte às Comunidades Europeias, apontou que “a ordem jurídica estabelecida pelos Tratados que instituem as Comunidades se caracteriza essencialmente pela aplicabilidade direta de certas das suas disposições e de certos atos adotados pelas instituições das Comunidades, pelo primado do direito comunitário sobre as disposições nacionais que lhe sejam contrárias e pela existência de procedimentos que permitem assegurar a interpretação uniforme do direito comunitário” (Diário da República nº 215 Série I Parte A de 18/09/1985 Suplemento 2, Portugal).

Direito Internacional (e para os outros Direitos Supranacionais). A seguir, explicita-se desses dois, o porquê da necessidade dessa transposição para fora do âmbito da Comunidade Europeia.

O princípio da primazia resolve, de forma relativamente simples, a antinomia jurídica verificada, ao elucidar a contradição sempre em desfavor do Direito Nacional<sup>378</sup>. A contraposição jurídica de normas internas e não internas (incluídas, nestas, normas de Direito Internacional, Supranacional e Comunitário), ocorridas em um determinado caso concreto, sempre expõe a risco a segurança jurídica dos cidadãos e dos Estados envolvidos, suscitando intermináveis e imprecisos debates acerca do correto equacionamento da questão. A exemplo do Direito Comunitário, a primazia, aplicada às normas internacionais as revestiria de *status* normativo superior a qualquer norma existente na ordem jurisdicional dos países, sem consideração quanto à categoria hierárquica à qual pertença a norma interna em situação de conflito, isto é, independentemente da natureza constitucional, supralegal, legal ou infralegal da norma nacional em questão<sup>379</sup>.

O referido princípio, ainda, blinda a ordem normativa supraestatal em face de eventuais disposições nacionais contrárias que venham a ser posteriormente editadas no âmbito interno<sup>380</sup>, já que, sendo sempre de hierarquia superior, e encontrando em episódio desconcordante com o ordenamento interno, a norma internacional contraposta não permitiria a constituição válida de novas regras legislativas internas inconciliáveis. Isso significa tornar inaplicável a norma nacional contrária à legislação internacional, ainda que o poder público tenha que decidir *contra legem* no plano interno<sup>381</sup>. Essa preferência absoluta da norma internacional permite que se conceda uma validade uniforme ao regramento internacional aceito pelos países pertencentes à comunidade internacional – ou,

---

<sup>378</sup> Parte da doutrina leva muito adiante essa limitação do direito nacional sob o imperativo da norma comunitária, ao defender que, por exemplo, o Direito Penal nacional está restringido, quando se opõe a uma regra comunitária não só quanto ao conteúdo em si da norma, como também quando uma norma compatível possui sanções que são desproporcionais à luz do Direito Comunitário. Nesse sentido: RYZIGER, P. F. *Rapports entre le droit penal français et le droit communautaire*, *I Gazette du Palais*, 1986, p. 226.

<sup>379</sup> Ferstenbert faz pesar, sobre o magistrado nacional, a obrigatoriedade de, em caso de obrigações internacionais assimiladas, “desconhecer as normas constitucionais que determinam a solução dos conflitos, e até desconsiderar a extensão dos seus próprios poderes jurisdicionais” (FERSTENBERT, J. *L’Application du Droit Communautaire et La Situation Constitutionnelle Du Jude Nationa*. *Revue Trimestrielle de Dorit Européen*. Paris, v. 1, 1979, p. 43).

<sup>380</sup> Nesse sentido, no trato do Direito Comunitário, o Tribunal de Justiça do Ceará -TJCE deixou assentado que a instituição de normas nacionais “não deve prejudicar a aplicação plena e uniforme do direito comunitário e o efeito dos atos de execução dessa” (CJCE, 13 de fevereiro de 1969, Caso Walt Wilhelm contra Bundeskartellant, Rec., p. 15).

<sup>381</sup> LINÁN NOGUEIRAS, Diego J. *El Derecho Comunitario Europeo y su Aplicación Judicial*. Madrid: Civitas, 1993, p. 90.

ao menos, por todos os países signatários de um determinado tratado internacional -, já que a particularidade da estrutura normativa interna de cada país não poderia afetar a eficácia de um ato internacional hierarquicamente superior.

O cotidiano internacional demonstra que diversos Estados signatários de compromissos internacionais, soberanamente assimilados, sempre apresentam empecilhos jurídicos internos como salvaguarda para o não cumprimento do que fora coletivamente acordado<sup>382</sup>. A ratificação de um tratado deveria gerar, para o Estado que o aceitou, as seguintes consequências obrigacionais: a) respeitar e assegurar o cumprimento dos direitos reconhecidos em seu teor aos cidadãos sujeitos à sua jurisdição; b) adequar o ordenamento legislativo nacional às diretrizes indicadas no tratado; c) impor ao poder público o cumprimento das disposições contidas no tratado; d) disponibilizar aos seus jurisdicionados o acesso a instrumentos recursos jurídicos efetivos para corrigir lesão ou evitar lesão a direito seu<sup>383</sup>. Há de se perceber, assim, que, ao ratificar um tratado, o Estado-parte assume a obrigação de seguir os seus comandos<sup>384</sup>.

A primazia evita a oposição de dificuldades jurídicas internas, mesmo que embasadas em disposições constitucionais, como forma de justificação para o descumprimento de suas obrigações internacionais. Uma decorrência lógica dessa preeminência normativa é a conclusão de que descabem considerações hermenêuticas acerca dos tradicionais postulados que estabelecem a precedência das normas posteriores e especiais em face das anteriores e gerais<sup>385</sup>, já que as distinções suscitadas exigem o mesmo patamar hierárquico das normas envolvidas, o que não é o caso da presente discussão, a qual sugere a superioridade de uma (supraestatal) em face da outra (interna).

O atual pensamento internacionalista, ao permitir a objeção da norma internacional por mecanismos internos e ao sabor das disposições legislativas de cada

---

<sup>382</sup> Em que pese a redação expressa do art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, no sentido de que "uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa do não cumprimento de tratado", a prática legislativa dinamizada, na imensa maioria dos países, demonstra um modelo onde inexistente uma relação hierárquica em favor da norma internacional.

<sup>383</sup> ARTÚCIO, Alejandro. *Universalidad, indivisibilidad, y interdependencia de los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos Civiles y políticos*. Bogota: 1996. p. 21.

<sup>384</sup> O artigo 2º, 1 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, nestes termos, prevê: "Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação".

<sup>385</sup> Respectivamente: *lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat generali*.



país<sup>386</sup> acaba por esvaziar os efeitos de determinados tratados de conteúdo contraditório. Referidos Tratados, assinados sobre uma base de reciprocidade entre os países, acabam, diante da ausência de primazia do normativo internacional em face do ordenamento interno, tendo sua eficácia anulada e ocasionando o total descompromisso do país com a obrigação anteriormente assumida. Essa consequência reforça a opinião de parte da doutrina, no sentido de que o Direito Internacional não é propriamente um direito, mas sim, no máximo, uma estrutura jurídica em sua forma primitiva<sup>387</sup>. A supremacia das normas internacionais exsurge, aliás, do próprio direcionamento contido nos arts. 26 e 27 da Convenção de Viena de Direito dos Tratados, os quais obrigam os Estados a cumprirem os tratados internacionais subscritos, proibem que os mesmos possam alegar a existência de normas do Direito interno para descumprir as disposições convencionais e impõem a obrigação de abstenção de condutas ou atividades contrárias à previsão do tratado. Verdadeiramente, no embate entre normas internas e de origem internacional, a questão deveria se resolver com a previsão contida no disposto no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais (1986), que determina que “um Estado-Parte de um Tratado não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um Tratado”.

Na prática dos tratados, ao assimilar uma norma internacional ou supranacional, o Estado, expressa ou implicitamente – a depender de seus mecanismos

---

<sup>386</sup> Assim é que Peters discorre: “*The survey of constitutional provisions and case Law reveals that although domestic constitutions have, especially in the recent decades, been intensely shaped by international Law, many constitutional actors, especially constitutional courts, are rejecting international Law's claim to supremacy over domestic constitutional Law*” (PETERS, Anne, ‘*Supremacy Lost: International Law Meets*’, in *Domestic Constitutional Law Vienna Journal on International Constitutional Law*, 3/2009, p. 171).

<sup>387</sup> Sobre essa abordagem, ver: HART, Herbert. *The Concept of Law*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1991, p. 3-4, 208- 211. Diferentemente da estrutura do sistema legal interno, o sistema legal internacional é descentralizado, carente de autoridade executiva internacional e, para alguns, orquestrado pelo princípio da anarquia (quanto a essa acepção, precisamente, ver: BULL, Hedley. *The Anarchical Society*, London, Macmillan Press, 1977, p. 8, 16- 19). Contextualizando o referido termo, a seguinte opinião: “Anarquia significa a ausência de um Governo Mundial que possua um conjunto de instituições genuinamente supra-estatais: inexistente um legislativo internacional supra-estatal centralizado, um órgão judiciário internacional com jurisdição compulsória *erga omnes* e uma autoridade executiva centralizada com poder para cumprir e fazer cumprir as normas internacionais. O sistema internacional é, portanto, descentralizado e cada unidade do sistema (o Estado) representa um centro de decisão autônomo e soberano. É com base nesses atributos que historicamente o direito internacional se desenvolveu e muitas de suas alegadas deficiências ou peculiaridades são reflexo do estado de desenvolvimento do sistema internacional... A maior deficiência do sistema legal internacional, para os críticos, estaria justamente na ausência de uma autoridade executiva centralizada com poderes para cumprir e fazer cumprir as normas internacionais, e aplicar sanções” (SOUZA, Marcus Lobo de. A natureza e eficácia do direito internacional. *Revista de Informação Legislativa*, a. 36. n. 141. Brasília. jan./mar. 1999, p. 218, 220).

internos de incorporação de tratados-, deveria neutralizar suas normas internas incompatíveis com os preceitos contidos nestes, eis que, no exercício de seu poder soberano, aceitou obrigar-se internacional ou supranacionalmente em cumprir as obrigações normativas correspondentes<sup>388</sup>. A atitude de viabilizar a eficácia do Direito Internacional, através do princípio da primazia, dentro de cada fronteira nacional, cria situação de segurança jurídica para todos os Estados participantes da Comunidade Internacional, já que não haveria dúvidas, por parte de cada Estado, acerca do cumprimento dos compromissos recíprocos previamente ajustados.

Nesse sentido, também a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos pontificou que, sempre que um Estado tenha ratificado um tratado internacional, os seus juízes também estão sujeitos a ele, o que os obriga a se assegurar de que a eficácia da Convenção não é reduzida ou anulada pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e finalidade. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não só um controle de constitucionalidade, mas também de convencionalidade *ex officio* entre as normas nacionais e internacionais, obviamente, dentro das respectivas competências e regulações processuais correspondentes<sup>389</sup>: Amplia-se, assim, o acesso à justiça perante o Poder Judiciário nacional, eis que este se torna destinatário de interpelações judiciais embasadas não apenas nas diretrizes emanadas da legislação local, mas também dos normativos internacionais. Assim é que, segundo Bobbio, só será possível falar legitimamente de tutela internacional dos direitos do homem, quando uma jurisdição internacional conseguir impor-se e superpor-se às jurisdições nacionais e quando se realizar a garantia dentro do Estado – que ainda é característica predominante da atual fase – para a garantia contra o Estado<sup>390</sup>.

Além do mecanismo de supremacia, a efetividade do Direito Internacional também fica a depender do implemento de outro instituto, também incontroversamente

---

<sup>388</sup> Nesse sentido, Jescheck advoga a necessidade de recepção dos tipos penais internacionais nos direitos penais nacionais do maior número possível de Estados, para que “se imprimam na consciência da opinião pública mundial como direito vigente e para que se tornem também, através da justiça nacional e segundo o direito nacional, direito aplicável” (JESCHECK, Hans-Heirich. *Nuove prospettive Del diritto penale comparato, europeo e internazionale: quale politica criminale per il XXI secolo? In: Diritto penale comparato, europeo e Internazionale: prospettive per Il XXI secolo. Omaggio a Hans-Heirich Jescheck per Il 92.º compleanno, org. Luigi Foffani, Milano: Giuffrè, 2006, p. 20).*

<sup>389</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso dos Trabalhadores do Congresso, Aguado Alfaro e outros vs. Peru. Sentença de 24 de novembro de 2006, Série C, n. 158, p. 66, 128.

<sup>390</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 40-41.

aceito do Direito Comunitário: a aplicabilidade direta de suas normas<sup>391</sup>. A característica da aplicação direta habilita a norma internacional a produzir a plenitude de seus efeitos a partir de sua entrada em vigor, constituindo, como titulares de direitos e obrigações, tanto os Estados-Membros quanto os particulares participantes da relação jurídica<sup>392</sup>. A principal premissa que decorre, como efeito da aplicabilidade imediata, é, portanto, a pronta disponibilidade de invocação da norma internacional pelos respectivos nacionais perante suas jurisdições, independentemente das disposições vigentes nas legislações de seus Estados<sup>393</sup>. Ao assumir as obrigações convencionais dispostas em um tratado, sobre o Estado-Parte, recai o dever de respeitar e salvaguardar suas diretrizes em face não só dos demais Estados pactuantes, mas, especialmente, perante os indivíduos localizados em seu espaço de jurisdição. A existência de uma norma cujo conteúdo deve ser respeitado pelos Estados-Membros não pode, sob pena de um completo paradoxo normativo, conviver com uma situação de anomia (no sentido, aqui, de ausência de efeitos) especificamente, em relação aos cidadãos destinatários dessa norma<sup>394</sup>. Como meio necessário à consolidação

---

<sup>391</sup> Muito embora o princípio não esteja expresso nos tratados comunitários constitutivos, foi firmemente exposto nos diversos julgados do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, mais especialmente, no já citado Acórdão *Van Gend en Loos*, de 1963. Há apenas uma menção no art. 249 do Tratado CE que se refere ao efeito direto, ao estabelecer que os regulamentos comunitários são “diretamente aplicáveis em todos os Estados-Membros”. Na ocasião do acórdão, os juízes Donner, Delvaux, Rossi, Riese Hammes, Trabuchi e Lecourt, no exercício da função de interpretação do Tratado de Roma, qualificaram o princípio da aplicabilidade direta como um “princípio essencial da ordem jurídica comunitária” (Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, 5 de fevereiro de 1963, NV *Algeme Transport-em Expeditie Onderneming Van Gen E Loos* contra *Nederlandse administratie der belastingen*, Assunto 26/62, proc. 26/62, Col.1963, pág. 205. Apesar de não ter indicado precisamente uma definição de aplicabilidade direta – noção surgida, pela primeira vez, no também já referido acórdão *Simmenthal*, de 1978. (Acórdão de 9 de Março de 1978, proc. 106/77, Col. 1978, p. 243) - o caso *Van Gen Loos* estabeleceu os fundamentos determinantes do efeito direto das normas comunitárias).

<sup>392</sup> O princípio da eficácia direta é "nada menos que a capacidade de ser fonte de legalidade em vigor no ordenamento jurídico nacional ou, melhor, de ser fonte de direito no território nacional" (ISAAC, Guy. *Manual de Derecho Comunitario General*. Barcelona: Ariel, 2000, p. 241), significando que as normas comunitárias geram efeitos diretos e ensejam aos particulares a invocação dos direitos e obrigações dispostos nos tratados. A norma, portanto, põe-se automaticamente no sistema jurídico nacional, criando direitos subjetivos invocáveis, de forma imediata, perante o poder estatal local. Sobre o efeito direto de normas de tratados internacionais, ver: MARTINS, Ana Maria. *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*. Almedina: out. 2004, p. 449-450; QUADROS, Fausto. *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público – Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu*, Almedina: Coleção Teses, p. 459-474.

<sup>393</sup> A referida premissa pode ser objetivamente dividida em um duplo significado: a criação de direitos e de obrigações sem a exigência de intervenção normativa interna e a possibilidade de invocação imediata da norma internacional perante o poder público nacional.

<sup>394</sup> Revelam-se, atualmente, ultrapassadas as interpretações que apontam a exclusividade da titularidade passiva e ativa dos direitos e obrigações contidas nos tratados apenas para os Estados, sem gerar direitos para as pessoas residentes nos mesmos. A consolidação da personalidade internacional do homem, em matéria de direitos humanos, é reverenciada pela quase totalidade da doutrina, fazendo parte inclusive da própria fisionomia contemporânea dos Direitos Humanos Internacionais. Nesse sentido, Bobbio aponta que o homem, como cidadão do mundo, é o legítimo titular dos direitos humanos (BOBBIO, Norberto. *Presente e*

de um ordenamento jurídico internacional a ser respeitado e efetivamente aplicado por todos os países, resta, como alternativa normativa única a reger a relação entre os sistemas nacionais e o sistema internacional, a conclusão de que a aceitação soberana<sup>395</sup> de um determinado tratado por parte de um Estado torna os jurisdicionados deste imediatamente titulares dos direitos incorporados pelo mesmo<sup>396</sup>. A dualidade das ordens jurídicas internas e internacionais, ordenadas a partir da supremacia da norma extraestatal, conforme acima defendido, exige, assim, para a perfectibilidade do domínio normativo internacional<sup>397</sup>, a operação imediata da norma internacional dentro do território de cada país e com a disponibilidade jurídica de tal norma no acervo de direito de seus cidadãos.

---

futuro dos direitos dos homens. In: *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.25-47). Nessa toada, Cançado Trindade recusa a caracterização de *not self-execution* às normas contidas na Convenção Americana dos Direitos dos Homens, dizendo-as de contornos diretos e imediatos para os cidadãos (CANÇADO TRINDADE, António Augusto. A Interação entre o direito internacional e direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez., 1993, p.31-34). Em abordagem específica à referida Convenção, Travieso categoricamente se manifesta: "Ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob sua jurisdição. Logo, a Convenção não vincula apenas os estados-partes, mas outorga garantia às pessoas" (TRAVIESO, Juan Antonio. *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Buenos Aires: ed. Heliasta, 1996, p. 90). Outras doutrinas internacionalistas modernas advogam o referido entendimento: "...não se deve negar a personalidade internacional do indivíduo. Admiti-la é se enquadrar em uma das mais modernas tendências do Direito internacional público, a democratização. É o homem pessoa internacional, como é o Estado, apenas a sua capacidade jurídica e de agir é bem mais limitada que a do Estado" (MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979. p. 235). Expondo críticas ao dualismo, o entendimento de Bastos sobressai-se nesse mesmo sentido: "Não será mais possível a sustentação da tese dualista, é dizer, a de que os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, que ficariam na dependência da referida intermediação legislativa. Doravante, será, pois, possível a invocação de tratados e convenções, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição pelo legislativo de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais". (BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 396). A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua Opinião Consultiva n. 2, proferida em setembro de 1982, estabeleceu que: "ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, para o bem comum, assumem várias obrigações, não com os outros Estados, mas sim em relação aos indivíduos sob a sua jurisdição" (Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva OC-2/82, de 24 de setembro de 1982).

<sup>395</sup> O poder soberano, assim, como fundamento das constituições democráticas contemporâneas, tem sua origem propriamente no povo, a partir do qual se extraem os Poderes estatais, e não nas instituições dos Estados, não cabendo a estes tomar medidas que signifiquem o descumprimento de suas obrigações impostas pelo legítimo detentor do Poder.

<sup>396</sup> Direitos esses invocáveis perante os tribunais locais, não só em face dos poderes públicos (eficácia direta vertical), como também em face dos outros particulares (eficácia direta horizontal). A solução tradicional do Direito Internacional, através da qual se sustenta que as obrigações jurídicas advindas da assinatura de tratados dirigem-se apenas para as partes contratantes, sem extensão de seus efeitos aos particulares, não se coaduna com o atual estágio de desenvolvimento da comunidade internacional.

<sup>397</sup> Em referência ao Direito Comunitário, Robert Lecourt, citado por Carreau, deixa entrever o esvaziamento a que estaria sujeito o ordenamento jurídico supranacional, caso suas normas fossem despidas de efetividade, raciocínio esse que pode ser transposto, em termos paralelos, para a seara internacional. O ex-Presidente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias assim se manifestou: "ou bem a Comunidade é, para os particulares, uma sedutora, ainda que distante da abstração que interessa somente aos governo que aplicam discricionariamente suas normas, ou bem é uma realidade efetiva e, por consequência, criadora de

Para além da preservação da segurança jurídica no espaço interestatal, a primazia e a eficácia direta, sendo atribuídas às normas internacionais, podem ter força dogmática apta a enterrar a principal dificuldade existente para criação de uma adequada rede de cooperação penal internacional: a desuniformidade de aplicação do Direito entre os países. A não vinculação dos Estados, por amarras normativas materiais ou processuais internas, através de disposições legais ou constitucionais, aos tratados internacionais validamente assinados, faz variar os efeitos destes de um Estado para o outro, criando distorções que, praticamente, tornam ilegítimas as obrigações convencionais anteriormente concretizadas. No geral, a atitude dos atores constitucionais nacionais no sentido de aplicarem o direito internacional é ambivalente e frequentemente inconsistente. Por um aspecto, uma convergência vertical e horizontal de normas fundamentais em matéria de direitos humanos, Estado de Direito e democracia é visível. Por outro, uma hierarquia simples entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional Nacional, visualizado como uma pirâmide de normas com o Direito Internacional em seu ápice, não é geralmente aceita.<sup>398</sup> A variação da força vinculante do Tratado, dando ensejo ao cumprimento, por parte de uns Estados<sup>399</sup>, e o descumprimento, por parte de outros, compromete, ante a falta

---

direitos” (CARREAU, D. *Droit Communautaire et Droits Nationaux: Concurrence ou Primauté? La contribution de l'Arrêt Simmentha.*, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*. Paris, 1978, p. 79).

<sup>398</sup> Nesse sentido: PETERS, Anne. *Supremacy Lost: International Law Meets. In: Domestic Constitutional Law Vienna Journal on International Constitutional Law*, 3/2009, p. 171.

<sup>399</sup> Mesmo nos países que atribuem superioridade hierárquica às normas internacionais, aquela, segundo atesta Louis, é conferida em favor destas, através da atividade judicante, sem qualquer tipo de vinculação imposta ao Poder Legislativo local (LOUIS, Jean-Victor, *El Ordenamiento Jurídico Comunitario*, 5. ed. Luxemburgo: *Comisión Europea*, 1995, p. 182). Poucos países aceitam a supremacia da norma internacional em face da norma doméstica. Aceitando essa primazia, a Suprema Corte belga, em um julgamento de 1971, manifestou-se nos seguintes termos: “*When the conflict is one between a rule of domestic Law and a rule of international Law having direct effect within the domestic legal order, the rule established by the treaty must prevail; its pre-eminence follows from the very nature of international treaty Law*” (“*État Belge v. Fromagerie Franco-Suisse Le Ski*, Primeira Câmara da Suprema Corte Belga, 27 de maio de 1971, 7 *Revue trimestrielle de droit européen*, p. 494-501. Trad. em inglês In: 9 *Common Market Law Review*, 1972, p. 229, 230). O art. 94 da Constituição holandesa estabelece: “*Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or of resolutions by international institutions*”. Entretanto, na linha ensinada por Louis, o art. 91 (3), da referida carta constitucional, deixa clara a independência legislativa quanto à assimilação da supremacia: “*Any provisions of a treaty that conflict with the Constitution or which lead to conflicts with it may be approved by the Houses of the States General only if at least two-thirds of the votes cast are in favour*”. (Disponível em: <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>. Acesso em: 19 jan. 2013, às 13h). Além dos exemplos belga e holandeses, há outras previsões constitucionais de países que tratam, de maneira especial, a relação entre as ordens interna e internacional. Algumas constituições garantem a supremacia apenas dos tratados internacionais de direitos humanos em desfavor das normas internas. Nesse sentido: art. 20 (2) da Constituição da Romênia, de 1991 – “*Where inconsistencies exist between the covenants and treaties on fundamental human rights Romania is a party to and internal Laws, the international regulations shall take precedence.*”; Art. 10 da Constituição da República Tcheca, de 1992 – “*Ratified and promulgated international accords on human rights and fundamental freedoms, to which the*

de uniformidade, a possibilidade de criação de mecanismos comuns de cooperação entre os países.

Nesse aspecto, atribuir a superioridade normativa prevista pelo princípio da primazia e a aplicabilidade plena advinda do princípio da eficácia às normas previstas em tratados internacionais, a exemplo do que já acontece com os tratados comunitários, teria a finalidade precípua de garantir a aplicabilidade uniforme na esfera legal de cada país, viabilizando a estruturação de meios de cooperação entre eles, promovendo, portanto, um cenário jurídico para a proposição da tese aqui defendida. A uniformidade na aplicação do direito internacional, necessária para um segundo passo de cooperação e integração entre os diversos países, exige a plenitude de efeitos da norma internacional, que deve funcionar como imediata “fonte de legalidade em vigor no ordenamento jurídico nacional”<sup>400</sup>. A implementação do efeito de primazia e de eficácia direta permite, assim, o cumprimento da função viabilizadora da integração jurídica entre a comunidade internacional e os Estados que a compõem, a partir da consolidação uniforme de um modelo de relação entre os ordenamentos internos e internacionais com estrutura estável e duradoura, reduzindo as dessemelhanças entre os sistemas jurídicos de tradições diferentes e favorecendo, ao final, o processo de cooperação penal internacional entre os diversos países.

## **5.2 – O alinhamento entre as ordens nacional, supranacional e internacional, como meio necessário à cooperação internacional e a um resultado útil da consecução penal**

O entrelaçamento de ordens jurídicas, inspirado em normas de Direito Internacional, Supranacional e de Direito Interno, cujo vínculo necessário advém da

---

*Czech Republic has committed itself, are immediately binding and are superior to Law.*”; e art. 11 da Constituição da Eslováquia, de 1992 - “*International treaties on human rights and basic liberties that were ratified by the Slovak Republic and promulgated in a manner determined by Law take precedence over its own Laws, provided that they secure a greater extent of constitutional rights and liberties.*” (Disponível em: <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>. Acesso em: 19 jan. 2013, às 13:30 h). Há, ainda, hipótese de Constituição que considera as normas de *jus cogens* (as chamadas *international peremptory norms*) hierarquicamente superiores aos dispositivos normativos internos, incluindo as previsões constitucionais. Nesse sentido, o art. 139 (2) da Constituição suíça: “*The partial revision must respect the principle of cohesion of subject matter and must not violate mandatory provisions of international Law.*” (Disponível em: <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>. Acesso em: 19 jan. 2013, às 14h).

<sup>400</sup> Isto é, fonte de direito no território nacional. (ISAAC, Guy. *Manual de Derecho Comunitario General*. Barcelona, Ariel, 2000, p.238).

inevitável repercussão prática das normas de Direito Internacional em cada ordenamento interno, exige, como não poderia deixar de ser, um relacionamento harmônico entre elas, como forma de garantia de coexistência ante a multiplicidade e a diversidade entre as referidas ordens. A busca de harmonização é tarefa das mais difíceis, já que a falta de homogeneidade entre o direito internacional, o direito supranacional e o direito interno advêm de fatores multifacetários, tais como a origem, as instituições e os institutos próprios, as soluções de direito material, as regras de colisão normativa, os métodos de coação, os mecanismos de resolução de conflitos e outras divergências. Pese embora a pluralidade de órgãos internacionais e supranacionais que se inter-relacionam e, até mesmo, completam-se, com a finalidade de criar um sistema harmônico e uniforme de normatização internacional, o qual possa refletir, de forma invariável, no ordenamento interno de cada Estado, o sistema empreendido pelas Nações Unidas revela muitas imperfeições estruturais que o condenam à desarmonia, diferentemente de seu propósito.

Não são de fácil identificação, entretanto, os elementos – ou conjunto de elementos – que podem levar Estados de sistemas jurídicos tão divergentes a comumente aceitarem, no âmbito interno, um modelo de bases normativas estruturalmente diversas do deles. Pode-se enumerar uma série de teorias que tentam explicar as relações interestatais e apontar os elementos determinantes para que os Estados prestem obediência às normas internacionais. Também podem-se agrupar as argumentações dos teóricos, resumidamente, em cinco razões diferentes: “1) *reasons of power and coercion*; 2) *reasons of self-interests*; 3) *reasons of liberal theory*; 4) *communitarian reasons*; 5) *legal process reasons*”<sup>401</sup>.

Embora não esteja nos propósitos do presente trabalho analisar as diretrizes de cada uma dessas teorias, cumpre, em análise sucinta, apontar o que enuncia cada uma delas: 1) a escola realista observa que o Estado obedece ao regramento internacional por ser forçado pelos outros Estados ou por organismos internacionais<sup>402</sup>; 2) o racionalismo justifica a obediência às normas internacionais em face da utilidade intrínseca para o processo social do Estado obediente, que teria, portanto, interesse próprio na aplicação da

---

<sup>401</sup> KOH, Harold Hongju. *Why Do Nations Obey International Law?* 106 *YALE Law Journal*, n. 106, 1997, p. 259.

<sup>402</sup> DONELLY, Jack. *Realism and International Relations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 52; BROWN, Chris, *Understanding International Relations*, New York: St. Martin's Press, 1997, P.97-98.

norma<sup>403</sup>; 3) o liberalismo kantiano resume que o Estado obedece a um senso de obrigação moral derivada de considerações de justiça, democracia e legitimidade incorporadas em sua estrutura legal interna<sup>404</sup>; 4) a teoria comunitária atribui a obediência à comunhão de valores dentro da sociedade internacional, da qual deriva a construção de interesses e identidades nacionais<sup>405</sup>; 5) a teoria do processo legal transnacional, nas precisas palavras de Koh, pontifica que “*participation in transnational legal process helps constitute the identity of a state as one that obeys the Law*”<sup>406</sup>.

O fim da Guerra Fria viabilizou o início de uma nova dinâmica no relacionamento entre os países, já que a dissolução das animosidades entre os ocupantes dos blocos opostos reduziu severamente os obstáculos políticos externos e permitiu o desenvolvimento de um processo, até hoje crescente e inacabado, de cooperação internacional e transnacional em matéria criminal<sup>407</sup>. Uma segunda onda de crescimento das articulações internacionais, no sentido de coordenar esforços para a cooperação internacional em matéria criminal, deu-se com a chamada “Guerra contra o Terror”, que recrudescer as intenções políticas dos países em cooperar uns com os outros na luta contra a criminalidade transnacional<sup>408</sup>. Muitas declarações e tratados internacionais realizados no plano bilateral ou regional, entretando, nasceram de um mero ato de intenção diplomática entre países, deles não resultando nenhum benefício concreto. Alguns esforços coletivos, consubstanciados em cartas internacionais ou regionais, não passam de meros documentos políticos de nenhum resultado prático substancial, tanto no nível nacional (dos países signatários), quanto no plano regional. Nesse campo, particularmente tratando do pequeno impacto funcional, na justiça criminal dos países europeus, dos mecanismos de

---

<sup>403</sup> BURLEY, Anne-Marie Slaughter. *International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda*, 87 AM. J. INT'L L., 1993, p. 205, 218-219.

<sup>404</sup> FRANCK, Thomas M. *Community Based on Autonomy*, Columbia Journal of Transnational Law, n. 36, 1997, p. 41; DOYLE, Michael, "Kant, Liberal Legacies, and Foreign Affairs, Part I," *Philosophy and Public Affairs*, v. 12, n. 3, 1983, p. 205-235.

<sup>405</sup> BULL, Hedley. 'The Grotian Conception of International Society', in H. Butterfield and M. Wight editors, *Diplomatic Investigations: Essays on the Theory of International Politics*, George Allen & Unwin, London, 1966, pp. 68-72.

<sup>406</sup> KOH, Harold Hongju. *Transnational Legal Process*. In *Nebraska Law Review*, v. 75, 1996, p.203-206.

<sup>407</sup> No sentido de ter o fim da Guerra Fria tornado possível a promoção de mecanismos de cooperação internacional necessários à realização da justiça internacional, ver.: UDHAKAR, T.V.G.N.S. *International Criminal Justice: An Analysis of International Criminal Judicial Institutions with Special Reference to ICTY and ICTR*, 1 NUJS Law Review 1, p. 4, 2008. Ver.: também: WERLE, Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, T.M.C. Asser Press, Haia, p. 45, 2005.

<sup>408</sup> GLOBKE, Christin. *Limits to International Cooperation in criminal Matters Under the german Constitution*, 5 NUJS Law Review 189, 2012, p. 1.



Cooperação da União Europeia, há inclusive opiniões no sentido de que a interminável burocracia intergovernamental torna os regulamentos e as diretivas a respeito da matéria sem nenhuma repercussão empírica<sup>409</sup>.

A ineficiência de declarações que trazem, em seu corpo, normas que, explicitamente, demonstram apenas expressões políticas e intenções diplomáticas dos países envolvidos, evidencia a necessidade prática de uma melhor coordenação das iniciativas legais relacionadas aos mecanismos de cooperação judicial internacional. Meras previsões genéricas de compromissos a serem cumpridos por países signatários de determinados tratados acabam por não resolver as assimetrias existentes no plano comparativo das estruturas jurídicas dos Estados e da ordem jurídica internacional, as quais, constantemente desalinhadas no plano normativo, conforme visto no ponto anterior, findam por inviabilizar uma solução cooperada e unitária entre eles.

O franco desenvolvimento e o aperfeiçoamento da criminalidade organizada, especialmente nas últimas décadas, representam um problema que ultrapassa as fronteiras nacionais, tendo em vista que se trata de um fenômeno que, autenticamente, não se refere nem fica circunscrito a um determinado lugar. Algumas práticas delituosas operadas através de organizações criminosas, em alguns casos, talvez até pouco interessem a um determinado âmbito nacional, mas tornar-se-ão de relevância significativa, quando apreciados no contexto transnacional e transregional. A relevância da preocupação com a evolução dessa criminalidade deve-se à inegável percepção de que os seus efeitos ultrapassam a circunscrição territorial de um determinado Estado. Tradicionalmente, as formas e opções através das quais os Estados enfrentavam a criminalidade disseminada, dentro de seu território, sempre foi um assunto a ser tratado a partir da providência isolada de cada Estado, por meio de suas instituições e mecanismos internos.

A segunda metade do século passado e, especialmente, as primeiras décadas do presente, tão depressa invadidas pela criminalidade global, assistiram ao esfacelamento das tentativas individuais dos Estados de investigar, capturar e punir os responsáveis pela prática de determinados crimes<sup>410</sup>. Têm, pois, caráter global, transfronteiriço, e não

---

<sup>409</sup> Nesse exato sentido: JOUTSEN, Matti. *The European Union and Cooperation in Criminal Matters: the Search for Balance*, HEUNI Paper n. 25, Helsinki, 2006, p. 10.

<sup>410</sup> Assim é que Anabela Rodrigues adverte que a criminalidade já não mais pode ser tratada, exclusivamente, num âmbito nacional. (RODRIGUES, Anabela Miranda. O papel dos sistemas legais e a sua harmonização para a erradicação das redes de tráfico de pessoas. Separata da *Revista do Ministério Público*, n. 84, Lisboa: 2000, p. 19). A realidade jurídica contemporânea não mais corresponde à ultrapassada

singularmente nacional ou comunitário. Moldados em tal nova característica, a criminalidade despista o aparelhamento estatal voltado ao seu desfazimento, neutralizando os habituais esforços dos seus agentes evocados para controlar a criminalidade presente dentro de seu foco de jurisdição. A própria essência de alguns crimes e de algumas organizações criminosas desconhece, por completo, a noção de fronteiras entre Estados: um crime cibernético de ataque aos computadores das principais agências bancárias mundiais, praticado a partir de um território nacional específico, facilmente ultrapassa suas fronteiras e gera nocividade ao território de outros Estados.

No mesmo exemplo posto, inevitavelmente estariam afetados vários Estados, o que torna, cada vez mais, evidente que o dano inicialmente identificado como local, será revelado, no final das contas, como de contingência transfronteiriça e internacional<sup>411</sup>. Os crimes praticados por determinadas organizações, com efeitos estendidos para além das fronteiras dos países, têm sido capazes de vulnerar toda a atividade estatal interna voltada à sua repressão, impedindo que, no plano interno, haja uma coerção penal suficientemente adequada. A dimensão transnacional da referida criminalidade - sem critérios geográficos definidos - resulta, sem a menor dúvida, do próprio incremento da circulação de informações e da mobilidade de pessoas e bens<sup>412</sup> no mundo globalizado<sup>413</sup>. A livre circulação de pessoas, mercadorias e serviços proporciona

---

representação positivista de ordenamentos jurídicos nacionais unitários e fechados do século XIX, baseada em um poder de comando máximo dentro de uma sociedade política e representativo de uma "potência absoluta do Estado". (Expressão de Charles L'Oyseau, in: L'OYSEAU, Charles. *Traicté des Seigneuries*. Paris, 1609, p. 24).

<sup>411</sup> Nesse contexto, segundo Faria Costa, "basta pensar na criminalidade econômica levada a cabo por meios informáticos, onde, segundo os cânones normais, o lugar da prática do facto, nada tem a ver com os resultados desvaliosos, brutalmente desvaliosos, que podem acontecer em diversos países. Basta pensar na possibilidade real e efectiva de um hacker, actuando em Portugal, entrar no sistema informático de um hospital brasileiro e aí desligar a monitoração das funções vitais de um paciente, provocando-lhe a morte. Basta pensar, por sobre tudo, na criminalidade de uma qualquer pessoa coletiva que tem sua sede em Moscovo mas pratica acções criminalmente relevantes em França ou em Itália" (COSTA, José de Faria. Reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje. In: *Direito Penal e Globalização, Reflexões não locais e pouco globais*. Coimbra Editora, 2010, p.17).

<sup>412</sup> Em enfoque aprofundado sobre o tema, Faria Costa assevera: "O nosso viver despacializou-se. O nosso interagir subjectivo perdeu as referências clássicas do espaço. As culturas, os gestos, os gostos, os sabores, as informações tudo está em qualquer lugar, em qualquer espaço. E não falamos metaforicamente. Está em qualquer lugar porque a velocidade de circulação dos bens, mesmo dos bem materiais - para não falarmos sequer dos chamados serviços - desenvolveu-se exponencialmente. Por isso podemos encontrar em Hong-Kong os mesmos produtos que nos oferece a loja mais perdida deste Portugal profundo" (COSTA, José de Faria. A globalização e o direito penal - ou o tributo da consonância ao elogio da incompletude-. Separata do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Studia Ivridica.n.* 73. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 186).

<sup>413</sup> Nesse sentido, sugere-se que a globalização, juntamente com a evolução política, econômica, social e tecnológica trouxe condições propícias ao desenvolvimento do crime organizado (CARRAPIÇO, Helena. O

novas possibilidades para a criminalidade transnacional no novo espaço econômico e facilita as negociações em mercados ilegais, conseqüentemente mais difícil de se controlarem do que antes da abertura das fronteiras<sup>414</sup>. As novas possibilidades de execução transnacional de delitos decorrem, sem dúvida, das crescentes oportunidades de ultrapassagem de fronteiras por pessoas e do intercâmbio internacional de mercadorias, serviços e dados na sociedade global<sup>415</sup>.

A preocupação com as conseqüências da criminalidade organizada transnacional tornou-se necessidade vital e urgente de toda a comunidade internacional, em todos os setores sociais, principalmente, por parte dos poderes públicos soberanos. Assinala-se, comumente, que a forma e o método através dos quais um Estado desenvolve – ou, mesmo, tenta desenvolver - o controle da criminalidade praticada sob suas hostes, sempre representou um problema a ser resolvido dentro do espaço de sua jurisdição, levando-se em consideração suas próprias escolhas soberanas. Conforme já assinalado no

---

crime organizado transnacional na Europa: origens, práticas e conseqüências. *Cadernos do Instituto Nacional de Defesa*, n. 1, Lisboa: mai. 2006, p. 3). Trata-se de uma tendência alarmante, com repercussões importantes sobre as políticas de segurança em todo o mundo. A produção e o tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo, a corrupção, o tráfico internacional de pessoas e a lavagem de dinheiro, são alguns dos setores mais relevantes, mas não os únicos, do crime organizado, com repercussões importantes sobre as políticas de segurança em todo o mundo (BODEMER, Klaus. Violência e (in)segurança cidadã na América Latina: percepções, dados empíricos e respostas teóricas e políticas. In: *Desenvolvimentos atuais das ciencias criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 273).

<sup>414</sup> SIEBER, Ulrich. O Futuro do Direito Penal europeu – Uma nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu, In: “Que futuro para o direito processual penal?”, Coimbra Editora, 2009, p. 464. No âmbito da União Europeia, a determinação de desfazer barreiras nacionais para produtos e pessoas resultou em concessões recíprocas entre Estados-Membros, promovendo e incrementando o surgimento de crimes internacionais praticados por organizações criminosas (GRASSO, Giovanni. *La formazioni di un diritto penale dell'Unione Europea, Prospettive di un diritto penale europeu*. Catania, Dott. A. Giuffré Editore, 1997, p.18).

<sup>415</sup> Nas palavras de Anabela Miranda Rodrigues, “a nova criminalidade é a expressão deste novo modelo de organização social para que tendem as sociedades contemporâneas. A mobilidade das pessoas e dos capitais põe em causa a lógica territorial sobre a qual elas repousam. Este movimento de fundo – um pouco retardado pela confrontação Leste-Oeste – produz agora seus efeitos. As grandes construções institucionais e a concentração de poder dão lugar ao declínio dos Estados e a um mundo onde proliferam as redes” (RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, democracia e crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da Silva. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – Visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 279). Conforme a mesma autora, em outra obra, “as características mais marcantes dessa nova criminalidade são, portanto, a sua organização e internacionalização”. (RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes da. Para uma política criminal europeia: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002. p. 13). Ver., também, da mesma autora: RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade organizada – que política criminal?, In: *Globalização e Direito*. Coimbra Editora, 2003, p. 196-199; RODRIGUES, Anabela Miranda. A internacionalização e a europeização do direito penal – entre a unificação e a harmonização, in *Internacionalização do Direito no novo Século*, Coimbra Editora, 2009, p. 229. Ver., ainda, nesse contexto: CUNHA RODRIGUES, José da. Os senhores do crime. RPCC9, 1999, p. 12-17; FRANCO, Alberto Silva, Globalização e criminalidade dos poderosos, RPCC 10, 2000, p. 206 e 210.

ponto 3.1, a criação de mecanismos políticos uniformizadores redundam em transição de grande parcela da soberania entre os Estados, denotando-se em compromisso bastante dificultoso em face da atual estrutura de sociedade organizada. Decerto que a efetividade de medidas de cooperação exige, fundamentalmente, a criação de institutos e mecanismos legais que são, *per si*, invasivos aos sistemas jurídicos domésticos, já que a cooperação tem, por característica, a interferência ou intervenção externa (consentida, é claro) na jurisdição local.

Nesse sentido, a grande complexidade (ou, mesmo, paradoxo) do tema vem do fato de que o princípio da “não intervenção”, largamente aceito pela comunidade internacional, é um campo que deve se manter intacto, quando do implemento dos mecanismos de cooperação. Soa incoerente, entretanto, a determinado Estado, que voluntária e soberanamente firmou um compromisso internacional, esconder-se sob a couraça dogmática da não intervenção para burocratizar ou descumprir, sob a alegação de impedimentos legais ou constitucionais, as obrigações por si próprio assumidas<sup>416</sup>. Historicamente, os Estados e as sociedades não estão dispostos a dar respostas sistêmicas aos problemas sistêmicos. A história contemporânea ilustra a fragilidade de muitos Estados em perseguir criminalmente os responsáveis por delitos de grande repercussão social, alguns dos quais são incapazes de impor sua autoridade ante a ineficiência de suas instituições penais<sup>417</sup>.

No atual contexto mundial, não resta dúvida de que a preocupação com a criminalidade transnacional pauta-se como prioridade urgente por parte da maioria dos Estados. A inquietude com tais práticas delituosas ganhou contornos internacionais e começa, ainda que a passos lentos, a ser adequadamente identificada como premissa vital. É certo que esse despertar não partiu tão somente de uma legítima e benevolente espontaneidade dos países em face das consequências desse tipo de criminalidade, mas sim da constatação de que a ela alcançou cifras tão preocupantes, que se chegou à percepção clara e objetiva de que a manutenção do atual cenário de impunidade está essencialmente

---

<sup>416</sup> Nesse sentido: “*With this norm and practice of ‘non intervention’, the prospects of effective cooperation...are pressured not only by capacity and political will; they are running up against strongly held norms of state practice. Even when there may be some recognition of the needs of cooperation, there are still quite narrow limits to that cooperation because of concerns over sovereignty*” (TAY, Simon S. C. *Southeast Asian Cooperation on Anti-terrorism in Global Anti-terrorism Law and Policy*. Cambridge, Cambridge University Press. 2009, p. 421).

<sup>417</sup> PRITTWITZ, Cornelius. A função do direito penal na sociedade globalizada de risco – defesa de um papel necessariamente modesto, in *Desenvolvimentos atuais das ciencias criminais na Alemanha*. Gazeta Jurídica, Brasília, 2013, p. 60.

relacionada à desestabilização do poder estatal. Assim é que, conforme discorre Anabela, os Estados passaram a procurar desenvolver sistemas eficazes para perseguir internacionalmente esses crimes<sup>418</sup>.

Nesse contexto, o modo isolacionista com que os Estados implementavam sua administração judiciária criminal sucumbiu ante a necessidade de convergência com as políticas jurisdicionais realizadas pelos demais Estados<sup>419</sup>. A emergência de se contrapor a uma criminalidade que transpõe as fronteiras<sup>420</sup> e, principalmente, emudece a capacidade dos países de, isoladamente, dar uma resposta em desfavor da mesma, levou os Estados a buscarem uma solução conjunta e a atuarem internacionalmente em face dessa tendência<sup>421</sup>. Os Estados perceberam que o atingimento de seus próprios interesses, dentro de um mundo globalizado, sufocado por sua vasta e complexa criminalidade internacional, não mais se confina aos limites territoriais dos Estados, podendo tal objetivo ser mais facilmente obtido, através de mecanismos de cooperação internacional<sup>422</sup>.

---

<sup>418</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. A Globalização do Direito Penal - Da Pirâmide à Rede ou entre a Unificação e a Harmonização, Direito Penal Econômico e Europeu. *Textos Doutrinários*. v. 3, Coimbra Editora, 2009, p. 83.

<sup>419</sup> Quanto ao tema, duas abordagens do mesmo autor: BRADLEY, Craig M. *The Convergence of the Continental and the Common Law Model of Criminal Procedure*, 7 *Crim L.F.*, 1996, p. 471 e BRADLEY, Craig M., *The Emerging International Consensus as to Criminal Procedure Rules*, 14 *Mich. J. Int'l L.*, 1993, p. 171.

<sup>420</sup> Nesse sentido, Adélia Martins assevera que, hodiernamente, exige-se que o Poder Judiciário aja na mesma velocidade própria dos atuais fenômenos sociais e criminógenos, enquanto desafios globais, devendo a intervenção estatal se adequar à complexidade e mutabilidade dessa nova criminalidade. A eficácia dessa intervenção estatal é, para a autora, condição essencial à própria sobrevivência dos sistemas jurídicos (MARTINS, Fátima Adélia. *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal: A Rede Judiciária Europeia (RJE)*, In: *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 100, out./dez. 2007, p. 103 - 104).

<sup>421</sup> Segundo o Departamento das Nações Unidas contra as Drogas e a Criminalidade (UNODC – United Nations Office on Drugs and Crime): “*The effectiveness of the fight against transnational crime depends on close cooperation between States in criminal matters*”; “*the ability of States to assist each other quickly and efficiently is no longer an optional bonus but an absolute necessity if they are to combat terrorism effectively*”. (*International cooperation in criminal matters: counter-terrorism*, 3. Disponível em: 11 mar. 2013, às 14 h, Disponível em: [http://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Training\\_Curriculum\\_Module3/Module3\\_EN.pdf](http://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Training_Curriculum_Module3/Module3_EN.pdf), p.4).

<sup>422</sup> Assim, no enredo da cultura jurídica contemporânea, um dos laços característicos do atual Direito Penal é representado pelo seu, cada vez mais, acentuado processo de internacionalização. Voge aponta três elementos primordiais do processo de internacionalização do Direito Penal e do Direito Processual Penal: a harmonização, a cooperação e a verticalização da justiça penal. Ele classifica a harmonização como sendo mínima (ou limitada) e positiva (ou extensiva), sendo a primeira a fixação, em favor dos cidadãos, de *standards* mínimos penais e processuais penais internacionalmente obrigatórios, e a segunda, a obrigação dos Estados de criação de instrumentos internacionais aptos a sancionar determinados comportamentos e de estruturas mínimas de processo penal que facilitem a persecução. Quanto à cooperação, distingue-a em cooperação horizontal, realizadas entre Estados soberanos e iguais, e cooperação vertical, operada entre instituições internacionais ou supranacionais, de um lado, e os Estados Soberanos, de outro. Quanto à verticalização, o autor a exprime concretamente na criação de instituições penais internacionais ou supranacionais (VOGE, Joachim R. *La internacionalización del Derecho penal y del Proceso penal*, Revista

Cada vez mais, torna-se necessária a materialização de um diversificado encadeamento de propósitos estatais em uma conjuntura transnacional, a fim de empreender uma estrutura relativamente convergente de cooperação judicial internacional entre os diversos países. Essa preocupação uniforme de contenção da progressiva criminalidade organizada deve partir da premissa inafastável de que a atuação isolada de um determinado Estado será, na maioria das vezes, e de forma considerável, insuficiente. Verdadeiramente, uma tentativa de repressão a esse tipo de criminalidade será ineficaz, se partir unicamente de condutas destacadas de determinados Estados, fazendo-se necessária a conjugação de esforços cooperativos entre eles.

Assegurar a aplicação da norma penal em desfavor de crimes de viés transfronteiriço supõe uma forma de atuar coordenada e conjunta entre os países, o que só poderá ser operado através de mecanismos de cooperação processual penal entre os mesmos. Assim, a implementação dessas exigências e necessidades requer a atuação conjunta dos Estados nesse intento, sob pena de fragilizar essa postura com atitudes pontuais e isoladas de apenas alguns países. Essa atuação coletiva em nível internacional deve partir do reconhecimento de que os benefícios a serem atingidos envolvem a totalidade dos países, e apenas se revelará eficaz através de uma atuação conjunta e de amplitude internacional por parte dos países envolvidos.

Na área criminal, essa uniformização de instrumentos de cooperação internacional possui sérias barreiras a serem transpostas, pois sua imposição diz respeito a uma dimensão global. De fato, necessário se faz a instrumentalização de mecanismos jurídicos convergentes em nível internacional e inter-regional, e não simplesmente, no interior de cada Estado, isoladamente. Como será visto no decorrer do presente trabalho, a busca de uma solução convergente em desfavor de uma criminalidade, cada vez mais, em processo de evolução, em um contexto transnacional, viabiliza-se, com muito maior facilidade, através do implemento de procedimento uniforme de cooperação penal internacional.

---

Penal n.º 22, *Wolters Kluwer España, S.A., Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olaver: de Sevilla*, Julho 2008, p. 164). Mais detalhes sobre o tema verticalização, ver em: SLUITER, *Goran. International criminal adjudication and the collection of evidence: Obligations of States*, Antuérpia, Intersentia, 2002, p. 82.

O Estado de Direito das sociedades modernas, tradicionalmente representado como uma estrutura de medidas reguladoras às quais se deve obediência<sup>423</sup>, tem sido regido em meio a uma pluralidade de ordenamentos jurídicos (nacionais, supranacionais e internacionais) em quase completa dessintonia, algo tão ineficiente e anacrônico quanto a antiga figura de ordenamento jurídico único<sup>424</sup>. O alinhamento dessas ordens jurídicas, na forma proposta no capítulo 5, possibilitaria a intersecção de várias dessas ordens jurídicas, permitindo constantes transições e transferências entre as mesmas e configurando, assim, um processo de intercâmbio entre os ordenamentos jurídicos<sup>425</sup>. A aproximação das ordens nacional, supranacional e internacional não visa à criação de um sistema jurídico universal, mas à coordenação de uma pluralidade de sistemas aos quais pertencem diferentes sujeitos de direito, que compartilham as mesmas sensibilidades jurídicas, pertencem a heranças culturais, nem sempre, tão próximas e que se engajariam em uma atuação cooperativa e harmônica em busca de seus objetivos comuns<sup>426</sup>.

A ação penal estatal em desfavor desse tipo de criminalidade requer a exequibilidade das decisões penais em territórios estrangeiros, já que os mecanismos internos não conseguem se impor, sozinhos, para além da fronteira nacional<sup>427</sup>. Nenhum país pode, isoladamente, dispor-se contra a exacerbação dos limites territoriais provocado por esse tipo de criminalidade, sendo a cooperação entre os países elemento significativo para a prevenção e a punição dos responsáveis pela prática de crimes dessa importância. A dificuldade que se apresenta aos sistemas criminais nacionais de investigar e de perseguir

---

<sup>423</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. *Die vergessene Freiheit, Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte, in Sicherheit vor Freiheit? Terrorismusbekämpfung und die Sorge um dem freiheitlichen Rechtsstaat* - Princípios de direito penal em debate: a segurança e liberdade europeias, Terrorismo e preocupação com o Estado de direito, Berlin: Forum Berlin, 2003, p. 9. Equivale-se, aqui, à concepção kantiana de Estado de Direito, como ente que impõe normas delimitadoras das condutas a serem seguidas pelos cidadãos, para uma coexistência pacífica das liberdades individuais, as quais são protegidas (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela, Lisboa: Edições, 1988, p. 70).

<sup>424</sup> BOAVENTURA, Souza Santos. *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. Nova Iorque: Routledge, 1995, p. 114.

<sup>425</sup> No que Boaventura posiciona como sendo “uma situação de interlegalidade” (Ibid., p. 473). Também nesse sentido, os axiomas da unidade e da hierarquia normativas próprios do positivismo normativista estão a ser substituídos por sistemas de interlegalidade, em que diferentes níveis jurídicos se interseccionam, ainda que sobrepostos e interrelacionados. (RODRIGUES, Anabela Miranda, A internacionalização e a europeização do direito penal – entre a unificação e a harmonização, In: *Internacionalização do Direito no novo Século*, Coimbra Editora, 2009, p. 229).

<sup>426</sup> CHENUT, Charles-Henry. Abordagem comparativa entre os sistemas de *Civil Law* e de *Common Law*. In: *Estudos de direito comparado e de direito internacional*. ed. Juria 2011, p. 153.

<sup>427</sup> Assim, as fronteiras nacionais passam a estar abertas apenas para os criminosos e não para a ação penal estatal (SIEBER, Ulrich, O Futuro do Direito Penal europeu – Uma nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu. In: *Que futuro para o direito processual penal?*, Coimbra Editora, 2009, p. 465).

criminalmente os responsáveis por crimes de natureza transnacional vem confirmada ante a complexidade fática de se obterem evidências fora de seus territórios<sup>428</sup>, ouvir testemunhas, vítimas e acusado de crimes praticados fora dos limites territoriais de sua jurisdição, bem como, precisamente, do fato de que os sistemas legais e judiciais com os quais o Estado pretende reciprocamente auxiliar-se são inteiramente diferentes dos próprios.

O crescente risco causado pela expansão da criminalidade transnacional, bem como a necessidade de preveni-la e de reprimi-la mais eficazmente e de forma globalmente estruturada<sup>429</sup>, leva à necessidade de adoção de instrumentos de cooperação que reforcem a unidade dos países componentes da comunidade internacional. Os países assentados em regimes democráticos têm gradualmente percebido que a operatividade através de instrumentos de cooperação judicial internacional apresenta-se como o mais importante caminho para um efetivo controle da criminalidade de feições internacionais<sup>430</sup>. A proliferação do panorama da criminalidade internacional tem feito crescer, entre os países, um senso de solidariedade que os tem impulsionado, cada vez mais, a estreitar os

---

<sup>428</sup> Isso acontece não apenas quando um crime é praticado em diversos Estados, mas também quando os sujeitos e elementos probatórios indispensáveis à persecução do mesmo encontram-se em um Estado diferente daquele que investiga o crime.

<sup>429</sup> Conforme premissa balizada pelo Departamento das Nações Unidas contra as Drogas e a Criminalidade (UNODC), relacionada ao combate ao terrorismo internacional, a habilidade que os Estados tem de ajudar um ao outro, rápida e eficientemente, não se reduz a uma opção para a melhoria da persecução, mas a uma absoluta necessidade que eles têm de enfrentar esse tipo de criminalidade. Disponível em: 11 mar. 2013, às 14 h, [http://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Training\\_Curriculum\\_Module3/Module3\\_EN.pdf](http://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Training_Curriculum_Module3/Module3_EN.pdf). Na mesma linha: “*The unprecedented development of international relations in contemporary society has been accompanied by an increase also unprecedented, international crime, the proliferation of forms of organized crime in several states. Scientific and technical progress made, as well as enhancing the democratization process in several states, created the possibility of easy movement of people and goods, the default leading to the development of human society as a whole. Unquestionably beneficial effect for the entire humanity, and created some advantages in terms of broad opportunities for proliferation of the phenomenon of crime worldwide*” (PARCALABU, Domnica Doina. *Importance and Necessity of International Judicial Cooperation in Criminal Matters, in European Integration - Realities and Perspectives (EIRP) Proceedings, the 6th Edition of the International Conference on European Integration - Realities and Perspectives*, v. 6, 2011, p. 172).

<sup>430</sup> JESSBERGER, Florian. *International v. Nacional Prosecution of International Crimes, The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Ed. A. Cassese, Oxford University Press, New York, 2009, p. 212. Ver, também, nesse sentido: CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 355. Essa percepção dos Estados tem sido sentida, atualmente, através do desenvolvimento dos seguintes elementos: cooperação, entre Estados e entre Estados e tribunais, implementação doméstica do Direito Penal Internacional e coordenação entre os diferentes atores envolvidos, embora tais ações não estejam sendo praticadas de modo eficiente, à vista da falta de uniformidade entre as ordens nacional, supranacional e internacional.



meios de colaboração mútua nas diversas áreas relacionadas à redução da criminalidade e ao incremento da segurança de seus cidadãos<sup>431</sup>.

Isso, porque o sistema legal internacional, como se sabe, não possui mecanismo de aplicação coercitiva independentemente da dos Estados, devendo a concretização da norma criminal internacional ser feita através da cooperação entre os Estados<sup>432</sup> e ser perfectível através da convergência de disciplina da norma criminal internacional e das normas penais nacionais. A interação entre os sistemas penais é fundamental para o desenvolvimento de um panorama em direção a um sistema de justiça criminal efetivo e consistente<sup>433</sup>.

Conforme visto no ponto anterior, o crescimento das interações entre os países, no que se refere à cooperação judicial, pode normalmente ser empreendido sem gerar necessariamente um conflito entre os dois quadros normativos (nacional e internacional), bastando, no mais das vezes, um enfrentamento uniforme e harmônico dos desafios que, usual e ineficientemente, são enfrentados através dos diferentes caminhos apresentados pela estrutura divergente e pelo funcionamento desigual dos sistemas legais. O objetivo final das obrigações internacionais firmadas pelos países deveria primar por uma adequada e eficiente conexão entre os sistemas interno e externo, pronta para

---

<sup>431</sup> Assim, segundo Faria Costa, “as sociedades actuais(...) aspiram uma mais intensa regulação dos comportamentos sociais (...) e exigem um máximo de proteção que lhes afaste todos os riscos” (COSTA, José de Faria. *As Linhas Rectas do Direito*. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2007, p. 21).

<sup>432</sup> SHARP, Walter Gary Sharp, *International Obligations to Search for and Arrest War Criminals: Government Failure in the Former Yugoslavia?*, 7 DUKE J. COMP. & INT'L, 1997 p. 416.

<sup>433</sup> O amadurecimento do Direito Penal, no âmbito internacional, tem sido incrementado, entretanto, com tentativas inidôneas e ineficientes, através das mais variadas alternativas: proliferação de tratados e de convenções internacionais em matéria penal, em que os Estados se obrigam a assimilar em seu ordenamento novos tipos penais internacionais, como os estabelecidos no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, a criação de novas Cortes Penais Internacionais, a exemplo dos casos do Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia, o Tribunal Internacional de Ruanda e também o atual Tribunal Penal Internacional Permanente, além do surgimento dos novos instrumentos de cooperação penal internacional, a exemplo da execução de sentenças estrangeiras, da transferência de pessoas condenadas, bem como do compartilhamento e transmissão de procedimentos em matéria penal. Pode-se extrair, entretanto, a partir desses três focos, que a tendência de internacionalização alcança tanto a sistematização de normas penais de cunho substancial quanto à tutela de normas de perspectiva eminentemente processual. Nesse sentido, Figueiredo Dias: “o pensamento processual penal do futuro ergue-se sobre fundamentos internacionais” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Processo Penal Português: problemas e prospectivas*. In: *Que futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra Editora, 2009, p. 810). Para questionamentos vários acerca da aproximação do direito penal e processual penal entre países da União Europeia, ver: HIRSCH, Hans Joachim, *Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal y procesal penal en la Unión Europea*, en AA. VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ediciones del puerto, Bs. As., 2005, p. 657 e seguintes. E, ainda: PERRON, Walter, *Perspectivas de la unificación del derecho penal y del derecho procesal penal en el marco de la Unión Europea*, en AA. VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Bs. As: Ediciones del puerto, 2005, p. 733 e segs.

responder às necessidades de provimento das demandas de cooperação, sem o rompimento dos compromissos de proteção e de promoção dos direitos humanos individuais, agindo, portanto, com critérios de razoabilidade, mas também de eficácia<sup>434</sup>.

É preciso destacar, nessa linha, que o processo de internacionalização do Direito Penal e Processual Penal não é, em si, melhor que outro Direito Penal ou Processual Penal instalado nas raízes de determinado ordenamento jurídico nacional, mas permite a concordância dos vários sistemas legais, conduzindo a resultados práticos mais efetivos e funcionais, pois é justamente quando o Estado, sozinho, não chega a resultados úteis na consecução penal – especialmente, contra a criminalidade transfronteiriça - que se justificam a implementação e a intensificação de mecanismos de internacionalização<sup>435</sup>. Sem a necessária implementação e intensificação de métodos de harmonização e de cooperação jurídica, a justiça criminal dos Estados, mesmo por sua melhor intenção persecutória, permanecerá sitiada em seu território, sem possibilidade suficiente de se valer contra a criminalidade organizada transnacional<sup>436</sup>. Resta, portanto, a convicção de se buscar uma relevância prática aos acordos de cooperação entre os Estados, merecendo rigor a uniformidade no modo de operacionalização da cooperação penal entre eles, conforme será posto, com mais nuances, mais à frente.

---

<sup>434</sup> COSTA, José Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 9, n. 34, abr./jun. 2001. São Paulo: Ed. RT, p. 25.

<sup>435</sup> Assim é que, conforme adverte Figueiredo Dias, “à rapidíssima internacionalização que está hoje a sofrer a criminalidade mais grave, e ao conseqüente alargamento que experimentam os critérios de aplicação no espaço da lei penal substantiva, não podem deixar de corresponder aproximações decididas das formas nacionais de tratamento procesual daquela criminalidade” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Processo Penal Português: problemas e prospectivas*. In: *Que futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra Editora, 2009, p. 816).

<sup>436</sup> Nesse sentido, parte da doutrina aponta que a busca por harmonização pode contribuir para assegurar a contenção da criminalidade, cada vez mais, internacionalizada: VOGEL, Joacquir. *Why is the harmonisation of penal Law necessary? A comment*, in *Harmonisation and harmonising measures in criminal Law*, Edited by Andre Klip, Amsterdam, 2002, pp.62-63; PRADEL, Jean. *Droit Penal Européen*. Paris Dalloz, 2.ed, 2002, p. 5.

**PARTE III**  
**A HARMONIZAÇÃO DO DIREITO PENAL**  
**MATERIAL E PROCESSUAL: APROXIMAÇÃO**  
**ENTRE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW***

## CAPÍTULO 6

### A HARMONIZAÇÃO COMO PRESSUPOSTO DA COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL

#### 6.1 - Os processos de integração regional como etapa primeira da harmonização e cooperação internacional

Como consequência do processo de globalização, intensifica-se, com profusão, no mundo contemporâneo, o relacionamento inter e intracontinental, com o escopo de se obter uma, cada vez maior, estabilidade e ajuda mútua entre os diversos sistemas jurídicos. Com essa propensão em se recorrer à formação de unidades regionais entre países, como etapa primeira e compatível de um processo de integração global<sup>437</sup>, ampliaram-se, entre eles, suas identidades comuns e configurou-se uma maior aproximação de suas realidades jurídico-sociais. Kant, no final do século XXVIII, sugeriu uma aproximação dos Estados europeus, tendo, por base filosófica, a busca de um estado de paz como postura imediata a ser adotada pelos diversos povos através da assinatura de um contrato instituidor de uma liga de paz. Segundo afirmou, as guerras só terminariam definitivamente, diante de uma postura fundada nesse estado de paz<sup>438</sup>.

---

<sup>437</sup> Quanto à completude e compatibilidade de sistemas regionais com o mundial, em discurso feito na Universidade de Zurique - e a propósito da formação de um ordenamento jurídico europeu -, Churchill expôs: “Não há qualquer motivo para que a existência de uma organização regional na Europa colida com a organização mundial das Nações Unidas. Pelo contrário, a organização mais alargada só sobreviverá se a sua construção se apoiar em agrupamentos naturais coerentes. Existe já um agrupamento natural no Hemisfério Ocidental. Nós, britânicos, temos a nossa própria *Commonwealth* de Nações. Estes agrupamentos não enfraquecem a organização mundial. Antes, pelo contrário, fortalecem-na. Na realidade, são o seu principal alicerce” (CHURCHILL, Winston. “50 anos de Europa”, Parlamento Europeu, 2 ed. Revista. Lisboa, 2005).

<sup>438</sup> KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. São Paulo, LePM Editores, 1989. Este fora, sem dúvida, um dos móveis da criação do projeto de integração supranacional europeia, na década de 50, em que os países, temerosos com uma possível repetição dos nefastos acontecimentos das duas grandes guerras (em especial, da Segunda), decidiram firmar um marco de proteção contra possíveis futuros eventos como aqueles. Na Declaração Schuman, de 9 de maio de 1950, resta claro o propósito europeu e, mais especificamente, de Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Itália, França e Alemanha, de encontrar um caminho que evitasse um terceiro conflito mundial. Eis o teor principal da declaração: “a paz mundial não poderá ser salvaguardada sem esforços criativos à altura dos perigos que a ameaçam. O contributo que uma Europa viva e organizada pode dar à civilização é indispensável para a manutenção de relações pacíficas. A Europa não se fará de uma só vez, nem numa construção de conjunto: far-se-á por meio de realizações concretas que criem primeiro uma solidariedade de facto”. (A Declaração Schuman de 9 de maio de 1950. Disponível em: [http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Declaracao\\_Schuman\\_9-5-1950.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Declaracao_Schuman_9-5-1950.htm). Acesso em: 02 ago. 2012, à 07 h). Cumpre salientar também que fatores relacionados à derrocada político-econômica dos países, no pós-guerra, também influenciaram o desenvolvimento do processo de integração que redundou na formação da Comunidade Europeia. Acerca da evolução e natureza das Comunidades Europeias, ver: MOURA RAMOS,

Também nesse sentido era o conceito de “grande espaço” (*Grossraum*) introduzido por Carl Schmitt às vésperas da Segunda Guerra Mundial. Segundo o autor, o próprio conceito de Estado tornara-se superado por não mais corresponder à realidade eficiente da época, estando destinado a submergir diante do processo de formação dos “grandes espaços”<sup>439</sup>. Diferentemente de um modelo de direito internacional universalista, Schmitt propõe um modelo de *Pluriversum* baseado nos “grandes espaços” que compõem o sistema internacional, uma vez que, em sua visão, “o mundo político é um pluriverso, não um universo”<sup>440</sup>. Em análise específica sobre essa concepção, entende-se que a compreensão schmittiana de direito internacional como um sistema policêntrico, regionalizado e centrado nos processos de negociação multilateral mostra-se inclusive de especial importância para o atual momento das relações internacionais. Entretanto, que o conceito de império (*Reich*) proposto por Schmitt – em que a formação de relações jurídicas entre os Estados que compõem “o grande espaço” encontra-se sob a constante ameaça de comportamento absolutista por parte do Império – “é completamente incompatível com o contexto globalizado da ordem internacional visto neste início de século”<sup>441</sup>.

Assim, se, outrora, o processo de integração resultava, muito mais, de um fenômeno de dominação e imposição imperialista ou do escopo de se evitarem novos conflitos de proporções mundiais (algo como o propósito de paz kantiana), a tendência

---

Rui Manuel. Das Comunidades à União Europeia. Estudos de Direito Comunitário, Coimbra, 1994, p. 9 e segs.

<sup>439</sup> SCHMITT, Carl, *Il concetto d'Impero nel diritto internazionale. Ordinamento dei grandi spazi con esclusione delle potenze estranee*. Roma: Settimo Sigillo, 1996, p. 49.

<sup>440</sup> SCHMITT, Carl, *Le categorie del político*, Bologna: il Mulino, 1972, p. 138.

<sup>441</sup> Na proposta schmittiana, a soberania do Estado daria lugar à soberania do grande espaço. Ainda segundo o autor, a soberania de todos os demais Estados estava submetida ao poder do Império, que seria o único verdadeiramente soberano e agente dominante em determinado grande espaço. Conclui, dizendo: “Schmitt dizia que na sua época existiam mais de cem Estados soberanos, mas que todos se encontram sob o poder de duas potências dominantes (URSS e EUA). O que ele parece não ter percebido é que a transformação de um Estado em Império dentro de um dado grande espaço representa a aniquilação da soberania dos demais Estados” (TEIXEIRA, A. V. Revisitando a teoria schmittiana dos grandes espaços (*Grossraumlehre*): o conceito de espaço no direito internacional contemporâneo. *Revista da Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. v. 42, n. 116, 2012, p. 77-78). Também em crítica à Schmitt, ver: ZOLO, destacando a incompatibilidade da ideia de Império com um projeto pacífico de ordem internacional, já que este, muito pelo contrário, “requer uma retomada neorregionalista da ideia de *Grossraum*, juntamente com o fortalecimento da negociação multilateral entre Estados como uma fonte normativa e uma legitimação democrática dos processos de integração regional” (ZOLO, Danilo, “Carl Schmitt: a profecia da guerra global”, *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 5, 2008, p. 68-85). Para mais críticas, ver também: SCHWAB, G., *Contextualising Carl Schmitt's Concept of Grossraum, History of European Ideas*, 19, 1-3, 1994, pp. 185-90; SILVESTRINI, G., “*Diritti naturali e diritto di uccidere. Teorie moderne della guerra fra modelli teorici e tradizioni di pensiero*”, *Filosofia politica*, 3, 2007, p. 425-52.

atual, que acompanha o desenvolvimento do mundo contemporâneo, segue a linha de um estreitamento jurídico e político com base em acordos e em mecanismos de cooperação livremente assimilados. Essa evolução integradora não busca, ou, ao menos, não deve buscar nem um radical e desmedido universalismo absoluto nem regionalismos contaminados pela antiga ideia imperialista schmittiana, que se desencontra em ideologias incompatíveis entre si e em vastíssimos espaços territoriais. Por outro aspecto, a incômoda sombra dos regimes dos Estados Nacionalistas, irrestritamente soberanos e que acabaram definindo, por não acompanharem o dinamismo da sociedade contemporânea, também demonstra a necessidade de se buscarem unidades maiores, em espaços regionais ou continentais, que possam atender às exigências das relações sociais modernas<sup>442</sup>.

A integração regional, restrita a limites em que se evidencia um maior número de interesses comuns, parte, em seu processo de desenvolvimento, da carência e insuficiência moderna do Estado Nacional, buscando, em segundo e também em último plano, a criação de um ambiente regional de integração constitucionalizada, cooperação institucionalizada e a constituição de uma federação regional/continental. Esse complexo processo de integração regional passa, necessariamente, pela coordenação de políticas nacionais e pela criação de instrumentos jurídicos comuns, já que haverá a natural concepção de novos centros de poder e de decisão<sup>443</sup>.

Os novos instrumentos jurídicos, necessários à viabilização do processo de integração, devem ser postos em funcionamento da forma mais possivelmente análoga e orientada, com planejamento e estruturas desenvolvidas também de maneira uniforme. Essa necessidade de criação de um suporte jurídico voltado ao enfrentamento dos percalços inerentes a um dificultoso processo de integração já é reconhecida inclusive em referência específica à integração europeia<sup>444</sup>.

---

<sup>442</sup> Segundo a provocação de Constantenescio, “a integração regional e voluntária é a única que permite às nações se desenvolver sem se renegar e reforçar suas dimensões materiais sem se ameaçar”. (CONSTANTENESCO, Leontin-Jean, Tratado de Direito Comparado, Edição brasileira organizada por Maria Cristina de Cicco, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1998, p. 56).

<sup>443</sup> Segundo Constantenescio, tratando especificamente do movimento integracionista europeu, a coesão jurídica perfaz-se como “complemento indispensável da integração política. A uniformidade política e jurídica, aliás, representa, segundo alguns autores, pilares indispensáveis à configuração de uma União Regional (Ibid., p. 60). Também com opinião direcionada à União Europeia, Silva argumenta que esta repousa sobre três pilares. *In:* ” o primeiro refere-se à colaboração em matéria de política exterior e de segurança comum; o segundo, à cooperação no âmbito judicial e policial em matéria penal; por fim, no terceiro pilar estão as Comunidades” (SILVA, K. Direito da Comunidade Europeia, Fontes, princípios e procedimentos. Ed. Unijuí, Ijuí, 2005, p.35).

<sup>444</sup> Tratando do processo de integração da União Europeia, Borchardt aponta para a formação de uma estrutura jurídica como condição vital à estabilidade integracionista, aduzindo que o aparelhamento jurídico

No específico âmbito regional da União Europeia – que perfaz, em relação a outras uniões supranacionais, uma página diferenciada na história -, verifica-se uma tendência de harmonização das normas materiais e processuais penais, implicando uma convergência entre os sistemas jurídicos dos diversos países a ela pertencentes<sup>445</sup>. Os esforços da Comunidade Europeia encontram-se bastante avançados, bastando citar o trabalho de elaboração do já citado *Corpus Juris* para a proteção dos interesses financeiros europeus<sup>446</sup>, o qual visa a alcançar, com base no princípio da assimilação e, ao menos, com relativa eficácia, a tutela penal pretendida para esse tipo específico de criminalidade<sup>447</sup>.

---

constitui “a novidade decisiva que distingue os intentos anteriores de lograr a unidade europeia”. Ainda segundo o autor, “os meios utilizados não são a violência e a submissão, senão a força do Direito”, sendo este de relevância histórica peculiar, por ter sido capaz de atingir “aquilo que, durante séculos, o sangue e as armas não conseguiram” (BORCHARDT, K. D. *El ABC del Derecho Comunitario*. Luxemburgo: *Oficial de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas*, 2000, p.57). Também nesse sentido: “A Comunidade Europeia tornou-se realidade graças a uma engenhosa e articulada estrutura jurídico-política que lhe serve de sustentáculo. A arquitetura jurídica constituída, basicamente pelo Direito Comunitário e seu sistema jurisdicional, ganhou vida com o objetivo de regulamentar as relações travadas no âmbito da União, superando os ambiciosos desafios emergentes – principalmente aqueles decorrentes de sua inserção nos ordenamentos jurídicos de seus Estados-Membros– e com disposição de solucionar a chuva ácida de entraves que significa um processo de integração dessa magnitude” (SILVA, K. *Direito da Comunidade Europeia, Fontes, princípios e procedimentos*. Ed. Unijuí, Ijuí, 2005, p.37).

<sup>445</sup> Nesse sentido, Bacigalupo sustenta que o sistema jurídico-penal dos Estados-Membros da União Europeia possui já uma “proficiente unidade” (BACIGALUPO, Enrique, *El “Corpus Juris” y la tradición de la cultura jurídico-penal de los EE. MM. de la Unión Europea*, en *Hacia el nuevo Derecho penal*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2006, p. 737). No mesmo sentido, Tiedemann afirma que o direito penal compõe-se em um patrimônio comum europeu (TIEDEMANN, Klaus. *L’europeizzazione del diritto penale*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, ano XLI, 1998, p. 10). Apontando o surgimento, na Comunidade Europeia, de uma “possível e desejável aproximação” entre os processos criminais dos regimes jurídicos da *Common Law* e *Civil Law*: DELMAS-MARTY, Mireille. *Toward a European Model of the Criminal Trial*. In: *The criminal process and human rights : toward a European consciousness*, Mireille Delmas-Marty ed., 1995. p. 191-195.

<sup>446</sup> Nesse sentido, o objetivo do estudo foi elaborar uma série de princípios orientadores em relação à proteção do Direito Penal dos interesses financeiros da União Europeia, no âmbito do Espaço Judiciário Europeu (KUHNE, H. H. *Strafprozessrecht - Criminal Procedure Law* -, 5. Aufl., C. F. Müller: Heidelberg, 13 – 37).

<sup>447</sup> Quanto a essa proteção penal pretendida pelo *Corpus Juris*, entretanto, Bacigalupo apenas adverte que, tendo em vista o dogma da legalidade que reveste as normas penais, deve-se abrir amplo debate acerca do modo legislativo de levar a efeito essa proteção, devendo-se considerar uma possível tensão entre as fontes do Direito Comunitário e o princípio do *nullum crimen sine lege*. (BACIGALUPO, Enrique. *Op. Cit.*, p. 753-757). Também assim, Anabela Rodrigues expõe que a União Europeia orienta-se para uma construção jurídica comunitária cujo caráter exclui o Direito Penal, que, representando o direito de punir, monopólio do Estado, continua a ser a marca mais visível da soberania (RODRIGUES, Anabela Miranda. MOTA, José Luís Lopes da. Para uma política criminal europeia: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 18). Quanto às divergências da ordem internacional face ao princípio da legalidade penal previsto na grande maioria dos países democráticos, Satzger assevera que, no Direito Penal internacional, só pode existir um princípio da legalidade relativizado, cujas exigências encontram-se consideravelmente aquém da rigidez do dogma tradicional, que assume, entre os seus elementos, a necessidade de anterioridade, proibição de retroatividade, proibição de analogia e proibição do costume como fundamento da sanção penal. O autor ainda deduz que, no âmbito do Direito Penal internacional - germinado, primordialmente, do costume jurídico internacional junto com o direito dos tratados internacionais -, deva-se admitir, em uma certa medida, reduções no nível de

Não resta dúvida, assim, de que as iniciativas da Comunidade Europeia simbolizam a experiência mais pródiga, quando o assunto é o estabelecimento de uma vontade política e legislativa comum a uma ordem de países, de algum modo, estruturados entre si, realidade essa que, por óbvio, também atinge positivamente o sistema jurídico-penal<sup>448</sup>. No plano estritamente jurídico, o avanço não é diferente, pois a integração europeia atingiu um patamar de ordenamento jurídico autônomo<sup>449</sup>, devido à consistência do princípio da primazia do Direito Comunitário sobre os direitos internos, além da alternativa permanente de utilizar sua jurisdição para a aplicação de suas normas. Também especificamente no campo da cooperação judiciária, as normas dos Estados europeus estão, cada vez mais, ligadas às modificações que ocorrem no âmbito da União Europeia e mais dependentes delas<sup>450</sup>.

Trazendo ao debate as diferenciações quanto ao Mercosul, entende-se que essas ações da União Europeia não encontram similitude na comunidade sul-americana, eis que esta se assenta em uma estrutura institucional minimalista, inexistindo, ali, ordenamento jurídico autônomo<sup>451</sup>. Há, ainda, outras evidentes assimetrias entre as características do processo de integração da União Europeia e do Mercosul. Enquanto a primeira reconhece a autonomia e primazia das normas comunitárias, no Mercosul, a vigência e consequente obrigatoriedade da norma regional depende de sua incorporação ao direito interno dos Estados-Membros através dos correspondentes mecanismos constitucionais. Esse é um aspecto, entre muitos outros, que contrasta as inegáveis assimetrias entre a Comunidade Europeia e as demais comunidades regionais, as quais se

---

legalidade exigida nas legislações nacionais contemporâneas. (SATZGER, Helmut, *La internacionalización del Derecho penal como reto para el principio de determinación penal*, Universidad de Munich. *Revista Penal*. n. 21.—Enero 2008, p. 142, 145).

<sup>448</sup> Existe hoje, entre os países europeus, um patrimônio. Há, entre tais países, uma comunhão de princípios e valores relativos à punição ou com influência decisiva nela. Assim, por exemplo: dignidade da pessoa humana, proteção da vida, da integridade física e moral e da liberdade, o respeito pelos direitos fundamentais, a proibição da pena de morte e de penas e tratamentos desumanos, os princípios da legalidade, da igualdade, da culpa, da proporcionalidade, da necessidade, humanidade e finalidade reintegradora das penas. Nesse sentido: *Travaux du Colloque: Des principes directeurs de politique criminelle pour l'Europe*. RSC 1987, p. 23-186; BERNARDI, Alessandro. *Les principes de droit national et leur développement au sein des systèmes pénaux français et italein*. RSC 1994, p. 11-34.

<sup>449</sup> Nesse sentido: “Convergence has moved most rapidly in Europe as a part of that region’s economic and political integration. International enforcement efforts have grown, most recently in the 1998 Rome Statute of the proposed International Criminal Court” (AMANN, Diane Marie. *Harmonic Convergence? Constitutional Criminal Procedure in an International Context*, University of Georgia School of Law, *Indiana Law Journal*, v. 75, mar./apr. 2000, p. 810/811).

<sup>450</sup> CAEIRO, Pedro. *Cooperação Judiciária na União Europeia*. In: *Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários*. Coimbra Editora, 2009, p. 78.

<sup>451</sup> VENTURA, Deisy. *Las asimetrías entre el Mercosur y la Unión Europea. Los desafíos de una asociación interregional*. Edición Konrad Adenauer Stiftung, Oficina Uruguay, Montevideo: 2005, p. 54.



acentuando com o tempo. Não se vê, por exemplo, no Mercosul<sup>452</sup>, nem um mero início de desenvolvimento dessa tendência de aproximação normativa com vista a oferecer uma proteção eficaz e equivalente aos Estados-Membros, bem como às suas instituições e seus órgãos internos.

No plano doutrinário, quanto ao desenvolvimento do processo de integração cultural e política do continente latino-americano, tem sido levantada uma proposta vinda de voz europeia, da lavra do professor Peter Häberle. Sua ideia tenta desencadear, na América Latina, a concepção de um "direito constitucional comum"<sup>453</sup>, inteiramente relacionada à ideia de um "Estado Constitucional Cooperativo", que, segundo Häberle, estaria incluído em uma comunidade universal de Estados constitucionais, isto é, em uma conjuntura em que os Estados constitucionais não subsistissem mais para si mesmos, mas sim como referências para os outros Estados constitucionais membros de uma comunidade<sup>454</sup>.

Isso porque os próprios elementos do Estado constitucional é que indicam o modelo de cooperação internacional<sup>455</sup>, já que os procedimentos de concretização das democracias, a independência da jurisdição (especialmente a constitucional) e os instrumentos de garantia interna e externa dos direitos humanos são determinantes para a

---

<sup>452</sup> Cançado Trindade, nesse sentido, assim pontifica: "Cada sistema regional de direitos humanos vive um momento histórico distinto" (TRINDADE, A.A. Cançado. A consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos direitos humanos: quadro atual e perspectivas na passagem do século. Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Fundação Alexandre Gusmão, Rio de Janeiro, 1998. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/53158577/Protecao-Internacional-dos-DH-A-A-C-Trindade>. Acesso em: 02 mai. 2012, às 17 h). Em crítica ao Sistema Interamericano de Direito Humanos, demonstrando a diversidade existente entre os próprios países americanos, ver: "Costumam-se falar em América Latina como se fosse um todo homogêneo de países, uma unidade (...). Pode-se dizer que cada Estado Americano apresenta suas idiossincrazias. As preocupações que assolam os países da América Central são distintas das preocupações que afligem os Estados da América do Sul. Os instrumentos de defesa do sistema interamericano nada mais fizeram além de institucionalizar a Supremacia dos Estados Unidos sobre a América Latina, do que acentuar ainda mais as divergências dos países latino-americanos" (CAUBET, Christian. *Legitimidade democrática interamericana e transição para a democracia no Brasil*. In: O Brasil e a dependência externa. São Paulo: Acadêmica, 1989, p.71). Acerca do Mercado Comum do Sul e sua ainda insipiente integração regional: VERVAELE, J.A.E. *Mercosul and Regional Integration in South America*. In: *International & Comparative Law Quarterly* 54, 2005, p. 389-409.

<sup>453</sup> HABERLE, Peter. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 3.

<sup>454</sup> MENDES, Gilmar. Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil. In: *Repositório de doutrina do STF*. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaIStfInternacional/portaIStfAgenda\\_pt\\_br/anexo/menagem\\_a\\_Peter\\_Haberle\\_Pronunciamento\\_3\\_1.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaIStfInternacional/portaIStfAgenda_pt_br/anexo/menagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento_3_1.pdf). Acesso em: 10 jan. 2015, às 5 h, p. 4.

<sup>455</sup> MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 5.

legitimação de um modelo de cooperação entre os Estados<sup>456</sup>. Esse modelo de cooperação permitiria que os Estados constitucionais preservassem suas características constitucionais, com predisposição para o intercâmbio recíproco no plano internacional<sup>457</sup>. O sistema internacional, através da interligação entre os Estados, sobrepor-se-ia à soberania do Estado nacional, o qual, perdendo seu isolacionismo e seu poder soberano absoluto, nos moldes clássicos, passaria a ser cooperativo<sup>458</sup>.

Segundo Mendes, a figura da comunidade universal dos Estados constitucionais torna patente que o Estado constitucional não mais terá o reflexo de suas orientações voltadas apenas para o seu plano interno, mas, especialmente, para o contexto externo, como se fossem “espelhos a refletir imagens uns dos outros para a identificação de si próprios”<sup>459</sup>. O Estado constitucional, compreendido atualmente como Estado constitucional cooperativo, é um projeto universal, apesar da diversidade tipológica entre os países e das diferenças entre suas culturas nacionais<sup>460</sup>, sendo, no caso da América Latina<sup>461</sup>, devido a sua riqueza multiétnica e multicultural, necessário para que a mesma reafirme-se na era da globalização<sup>462</sup>. Nesse ponto, entretanto, é preciso voltar ao que foi dito quanto às dificuldades ou mesmo impossibilidade de implementação de um Código Penal Único para, remontando-se à mesma situação, negar viabilidade ao projeto de um

---

<sup>456</sup> HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 69.

<sup>457</sup> MENDES, Gilmar. Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil. In: *Repositório de doutrina do STF. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda\\_pt\\_br/anexo/menagem\\_a\\_Peter\\_Haberle\\_Pronunciamento\\_\\_3\\_1.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/menagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento__3_1.pdf). Acesso em: 10 jan. 2015, às 5 h, p. 6.*

<sup>458</sup> Sobre o Estado cooperativo, ver: Valadés, citando Haberle: “Junto com a perda da soberania nacional dos europeus se apresenta, na ordem do dia, a acelerada internacionalização (globalização). A fórmula de “cooperação de estados constitucionais” (1978) busca fazer justiça a essa questão” (VALADÉS, Diego (Org). *Conversas Acadêmicas com Peter Häberle*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2009, p.118).

<sup>459</sup> MENDES, Gilmar. *Op. cit.*, p. 7. A exteriorização desse fenômeno ocorrerá por meio de princípios gerais, notadamente, os que consagrarem direitos humanos universais, como aqueles de objetivos educacionais, paz mundial, proteção ao meio ambiente, amizade, cooperação e ajuda humanitária. Nesse sentido: HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 7.

<sup>460</sup> Nesse sentido: HÄBERLE, Peter. *Op. Cit.*, p. 7.

<sup>461</sup> Nesse sentido, vários países latino-americanos têm avançado para sua inserção no contexto da integração regional. O parágrafo único do art. 4º, da Constituição brasileira, estabelece que a “República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”, norma esta que representa uma clara opção do constituinte pela integração do Brasil em organismos supranacionais. No mesmo sentido, pode-se citar o Paraguai (art. 9º da Constituição), a Argentina (art. 75 inc. 24, da Constituição) e o Uruguai (artigo 6º da Constituição).

<sup>462</sup> HÄBERLE, Peter. *Op. cit.*, p. 3.

Estado Constitucional Universal, vício de viabilidade que não atinge a índole e pretensão cooperativa desse projeto.

O desenvolvimento planejado de uma nova ordenação jurídica requer, como pilar de sustentação, além da ruptura com antigas estruturas jurídicas, uma acentuada dinâmica de harmonização jurídica através da análise e o entrelaçamento comparativo dos sistemas jurídicos dos Estados-Membros envolvidos. A busca de uma identidade jurídica comum e harmônica volta-se, além disso, à análise e equação de diversos fatores, desde a superação de inúmeras diferenças históricas à reaproximação e fortalecimento dos ordenamentos envolvidos<sup>463</sup>. A dinâmica da constituição e incorporação da jurisdição supranacional por parte dos Estados envolvidos no processo de integração, em busca da formulação de diretrizes jurídicas comuns, apresenta-se, por esses vários fatores, extremamente difícil<sup>464</sup>. A complexidade de se estabelecer uma estrutura comum, constituída por diferentes fontes jurídicas e por princípios que possam gerir os vínculos e as relações formadas entre a união política dos Estados e os próprios Estados, através de normas materiais, requer, em um mesmo grau de complexidade, a criação de instrumentos jurídico-processuais, isto é, de normas processuais, que viabilizem a conformidade das legislações internas com o sistema jurídico supranacional.

Esses mecanismos legais devem buscar a preservação da engrenagem integracionista e de seu regime de legalidade supraestatal diante da possível violação da ordem legal supranacional por parte dos Estados signatários. Conforme visto no capítulo 5, haveria comprometimento da unidade política e jurídica do ente supranacional, caso suas normas fossem dependentes das existentes nos Estados ou pudessem ser alteradas ou revogadas pelas legislações internas de cada país, deixando de impor sua força nos casos de conflitos ou de insubmissão<sup>465</sup>. A não obrigatoriedade das previsões normativas integracionistas se traduz na falta de autonomia e primazia das normas supranacionais, em face do direito nacional, e permite que os Estados, inadequadamente, criem subterfúgios

---

<sup>463</sup> O processo de harmonização, assim, reflete a busca por uma identidade comum entre os Estados (RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Globalização do Direito Penal - Da Pirâmide à Rede ou entre a Unificação e a Harmonização, Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários v. 3*, Coimbra Editora, 2009, p. 89).

<sup>464</sup> O pluralismo jurídico, dentro desse contexto, constitui nota consequencial inevitável da criação de estruturas jurídicas supranacionais, considerando-se o surgimento de novas fontes normativas destinadas a serem aplicadas a ordenamentos jurídicos, muitas vezes, colidentes.

<sup>465</sup> Os art. 226, 227 e 228, do Tratado da União Europeia, que preveem o instituto do “procedimento por incumprimento”, trazem um claro exemplo de mecanismo jurídico-processual direcionado a reprimir o descumprimento das disposições contidas no regramento jurídico supranacional.

internos para impedir a plena aplicação das disposições supranacionais, favorecendo seus nacionais em detrimento dos cidadãos vinculados a outros países, fatores esses que comprometem a própria estabilidade e credibilidade da estrutura de integração.

Daí resulta que formar e, principalmente, manter um vínculo identitário comum, político e jurídico, entre países de dimensões culturais, sociais e históricas diferenciadas, constitui, sem a menor dúvida, o principal obstáculo à evolução do corpo integrativo e à sua inserção no mundo globalizado<sup>466</sup>. A participação em uma estrutura integracionista exige, sem a menor dúvida, conforme visto no ponto 2.1, um realinhamento da antiga noção de soberania, ante a necessidade de o Estado signatário transferir, para o novo centro de convergência do sistema supranacional, competências historicamente pertencentes aos ordenamentos jurídicos nacionais<sup>467</sup>. A inalienabilidade do exercício do poder, antes circunscrito a um determinado território, e monopolizado, exclusivamente, por um só ente, há de ceder espaço para a dinâmica do perfil integracionista<sup>468</sup>, cuja nova estrutura de poder lança suas rédeas para todos os Estados-Membros envolvidos, bem como para os seus cidadãos, como etapa primeira de um futuro e necessário processo de harmonização e cooperação internacional entre os países.

Como ordenamento, a estrutura integracionista veste-se com a roupagem representativa da vontade política dos vários Estados-Membros. Como nova entidade política, as relações do organismo internacional com cada um dos Estados-Membros é tão

---

<sup>466</sup> Evidencia-se, no plano prático, tal constatação, na recusa, por parte de alguns países, em renegar parcela de sua soberania como meio apto de desenvolvimento e aplicação dos instrumentos internacionais, pesando, assim, em desfavor de uma maior integração e de uma mais estreita proximidade jurídica. Os tratados tradicionais que regulam a cooperação entre Estados, em matéria criminal, geralmente contêm uma variedade de hipóteses em que o Estado requerido pode – ou, por vezes, deve – recusar a assistência solicitada. Em consequência, a extensão da obrigação de prover assistência a outro Estado é, de regra, bastante limitada.

<sup>467</sup> Aponta-se, nesse sentido, que o desmoronamento da antiga estrutura de Estado-nação perfaz-se como nota característica da etapa atual do processo de globalização, já que há, por parte dos Estados, uma crescente diminuição de sua capacidade de efetivar políticas públicas de forma individualizada e isolada, devido a uma progressiva dependência em face de outras instâncias nacionais (SILVA, Karine de Souza, *Globalização e Exclusão Social*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 54-60). Para melhores leituras relacionando globalização e integração, ver: SANTOS, BOVENTURA, Souza Santos. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, 2 ed. São Paulo: Cortez, 1996; CHOMSKY, Noam; DIETERRICH, Heinz. *La Sociedad Global: Educación, Mercado y democracia*. México: Joaquín Mortiz, 1996; HABERMAS, Jürgen. *O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização*, Trad. Antônio Sérgio Rocha. In: *Novos estudos*, CEBRAP. n. 43, nov. 1995, p.87-101.

<sup>468</sup> Joana Stelzer reporta-se à supranacionalidade como “um poder de mando superior aos Estados, resultando da transferência de soberania operada pelas unidades estatais em benefício da organização comunitária, permitindo-lhe a orientação e a regulação de certas matérias, sempre tendo em vista os anseios integracionistas” (STELZER, J. *União Europeia e supranacionalidade: desafio ou realidade?* Curitiba: Juruá, 2000. p.70).

complexa quanto as relações destes com os seus cidadãos. Para tornar mais clara e simplificada a primeira inter-relação, devem-se buscar mecanismos de harmonização e aproximação entre os ordenamentos jurídicos, passando, inicialmente, por um processo de convergência do arcabouço normativo e de alguns institutos jurídicos dos Estados envolvidos. A amplitude de uma estrutura normativa supranacional, direcionada à formação de uma “arquitetura regional”<sup>469</sup>, facilita a formação de uma base uniforme apta a comandar, para os diversos ordenamentos jurídicos relacionados, uma dinâmica jurídica comum.

Um futuro escopo de aproximação jurídica e de cooperação entre os países seria, portanto, mais facilmente concretizável através de modelos integracionistas, os quais já pressupõem uma certa comunhão entre os ordenamentos jurídicos nacionais envolvidos, ponderando toda a teia de institutos, concepções, valores e técnicas características da ordem normativa de cada Estado-Membro os quais foram levados em consideração para a integração entre eles. Assim, quanto mais estreitas forem as ordens jurídicas da nova entidade política integracionista, mais viáveis serão a harmonização e a integração de países que estão fora desses blocos comuns, facilitando a adaptação dos diversos direitos nacionais a uma política cooperativa e conjunta em face das novas necessidades decorrentes do aumento da criminalidade transnacional.

Muito embora o ponto de partida do processo integracionista tenha, por base, sistemas e realidades absolutamente díspares, o plano de ação para o implemento de um ordenamento jurídico unitário há de evoluir na medida do estreitamento e aumento da uniformidade entre os vários sistemas e realidades, evolução essa que se dinamiza no compasso das transformações sociais. Verdadeiramente, uma vez que o papel do ordenamento jurídico é prover a conjuntura de vida da sociedade - principalmente no que tange às relações sociais e econômicas -, então, deve-se chegar à conclusão de que o seu fundamento varia de acordo com as contínuas transformações e evolução sociais. O resultado que Saleilles, depois de Jhering, sempre pontuou, era o de que o ordenamento jurídico deve ser moldado de acordo com as realidades socioeconômicas, as quais dizem

---

<sup>469</sup> A expressão é uma alusão ao que se convencionou chamar, no plano europeu, de “arquitetura europeia”, constituindo esta o “conjunto das organizações, instituições, tratados e relações consuetudinárias em torno do que se articula o espaço europeu, com fins de tratar, harmonicamente, as questões de interesse comum” (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Glosario: instituciones, Políticas y Ampliación de la Unión Europea. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, 2000, p.8).

respeito, cada dia mais, a mais de um território nacional. Assim é que, segundo Constanteneco, a dinâmica desta evolução gera, inevitavelmente, ligações e estruturas políticas, econômicas e sociais de natureza supranacional<sup>470</sup>.

A integração regional, pressupondo a compreensão conjunta e a aproximação dos elementos determinantes das ordens jurídicas dos países que a compõem, tem, como ponto de chegada, portanto, a harmonização dos direitos nacionais e a cooperação jurídica entre todos os países, componentes ou não do modelo integracionista. A harmonização e a cooperação entre os países, por sua vez, significa, em último grau, a aproximação entre os povos<sup>471</sup> e uma profunda mudança na perspectiva de aplicação do direito em um mundo, em que pese dinâmico, cada vez mais unificado. Se quiserem verdadeiramente alcançar o progresso e preservar a estabilidade de suas instituições em meio ao dinamismo do mundo moderno e sua crescente transformação social, cultural e econômica, os diversos povos precisam atingir a dimensão necessária para evoluir juntos sob os auspícios de regramentos políticos e jurídicos comuns livremente convencionados, superando atitudes estritamente isoladas e nacionalistas.

---

<sup>470</sup> Entrementes, diferentemente do que se possa imaginar, a busca por uma uniformidade jurídica regional não se envereda por caminhos diametralmente opostos dos perseguidos para uma integração nacional, exigindo-se, muito pelo contrário, os mesmos instrumentos utilizados para a concretização de uma unidade nacional, quais sejam, segundo a classificação de Constanteneco: um poder central, com escopo integracionista, e uma ciência jurídica, para que o mesmo sirva de base. O primeiro elemento, segundo o autor, “pressupõe a elaboração de novos centros de decisão política e econômica, com base, ou, então, no lugar daqueles antigos”. No que tange ao segundo elemento, trata-se, segundo ele, da “ciência jurídica como pressuposto de toda a obra legislativa”. Exemplifica, quanto a esse último aspecto, com as experiências históricas de quatro nações europeias: “O Código Civil francês não poderia ter sido elaborado sem o importante trabalho preparatório que começou com os estudiosos do Direito costumeiro e prosseguiu até Pothier. A partir de Blackstone, que no início do século XVIII realiza a classificação sistemática do Direito inglês, torna-se possível uma codificação. O BGB não é concebível sem a ciência das pandectas, nem a unificação do Direito civil suíço, sem a análise e a comparação dos Direitos dos Cantões e sem a obra de Huber” (CONSTANTENESCO, Leontin-Jean, Tratado de Direito Comparado. Edição brasileira organizada por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998, p. 59/60).

<sup>471</sup> Segundo trata Monnet, ao final de suas Memórias: “A unidade de todos os povos não é simplesmente uma utopia humana, mas um inexorável decreto do destino” (MONNET, Jean. Memórias. Ed. Universidade de Brasília, 1986, p. 472).

## 6.2 - A harmonização de regras mínimas como pressuposto necessário para a viabilidade de uma estrutura efetiva de cooperação penal internacional entre os países

A análise das culturas jurídico-penais dos Estados integrantes da comunidade internacional - historicamente diversas e controversas entre si - revela-se como ponto substancialmente complexo da ciência do Direito Penal. Isso porque a falta de uniformidade de culturas jurídicas tende a representar, reflexamente, uma desarmonia do próprio Direito Penal correspondente a cada um dos países, que figuram como opostos e não concordantes. O Direito Penal Internacional carece, ainda, de uma sistematização entre os diversos sistemas jurídicos<sup>472</sup>, situação essa que impõe, ao menos, de forma mediata, a busca de uma harmonização e consequente cooperação entre eles<sup>473</sup>. Esse escopo de harmonização e de cooperação reveste-se de singular importância, na medida em que tem, por fim, fundamentar e proteger os direitos e as garantias fundamentais previstos no ordenamento jurídico-penal<sup>474</sup>. A consideração do ambiente normativo penal e processual penal de cada ordenamento jurídico penal mostra-se, desse modo, indispensável para a aproximação entre os sistemas e a consequente efetividade na proteção dos direitos e garantias penais<sup>475</sup>.

---

<sup>472</sup> Tratando da falta de uma perspectiva sistemática do Direito Penal europeu – abrangendo este tanto o Direito Penal supranacional da União Europeia e do Conselho da Europa quanto o Direito Penal nacional europeizado sob determinação do Direito Sancionatório -, ver:: SIEBER, Ulrich, O Futuro do Direito Penal europeu – Uma nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu, In: “Que futuro para o direito processual penal?”, Coimbra Editora, 2009, p. 462. Tratando, em contraponto, de uma perspectiva otimista de formação de um direito penal europeu: GRASSO, Giovanni. *La formazioni di un diritto penale dell'Unione Europea, Prospettive di un diritto penale europeu, Atti del seminario organizzato del Centro di diritto penale europeo Catania*, março de 1997, Catania, Dott. A. Giuffrè Editore, 1997, p. 34.

<sup>473</sup> Mário Ferreira Monte, apontando a analogia substancial entre a ordem axiológica-constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, referida por Figueiredo Dias, entende que a harmonização ou unificação das normas penais europeias terá que passar, sempre, em grande medida, pela harmonização constitucional (FERREIRA MONTE, Mário. Da autonomia constitucional do direito penal nacional à necessidade de um direito penal europeu. In: OLIVEIRA, António Cândido. *Estudos em comemoração do 10º aniversário da licenciatura em direito da Universidade do Minho*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 700-1).

<sup>474</sup> Este escopo é coincidente, com uma das razões fundantes do Direito Penal Internacional, a qual, segundo Ambos, visa a evitar “a impunidade universal das severas violações aos direitos humanos”. (AMBOS, Kai. A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2008, p. 41).

<sup>475</sup> Assim, referindo-se especificamente ao espaço europeu, mas tratando da importância do processo de harmonização, Anabela pontifica: “a harmonização... é que verdadeiramente pode contribuir para a definição progressiva de uma política criminal europeia...”. (RODRIGUES, Anabela Miranda – O Mandado de detenção europeu: na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?, *Revista*

O próprio processo de internacionalização do Direito Penal impõe a preocupação de se criarem previsões normativas harmônicas e de se estabelecerem mecanismos processuais uniformes, sob pena de se esvaírem, em determinadas hipóteses de crimes, os objetivos clássicos do Direito Penal de proteção e de garantia da liberdade e da segurança<sup>476</sup>. A globalização trouxe, como uma de suas consequências, a globalização da criminalidade<sup>477</sup>, em face da qual devem os Estados se opor também de forma integrada<sup>478</sup>. Com esse raciocínio, Vogel conclui que não é possível combater eficientemente a criminalidade transnacional apenas no âmbito nacional, sendo indispensável a existência de instrumentos inter e supranacionais<sup>479</sup>. O surgimento de mercados comuns e espaços jurídicos comuns – como o Mercosul e a União Europeia, respectivamente – gera a necessidade de uma aproximação do direito penal material e, principalmente de cooperação entre os diversos países interessados em promover a persecução por um crime<sup>480</sup>.

Destaque-se, nesse sentido, que a Decisão-Quadro do Conselho da Comunidade Europeia, de 25 de outubro de 2004, pontifica a harmonização das medidas nacionais de aplicação normativa como pressuposto da eficácia dos esforços desenvolvidos

---

*Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 13, n.1, Jan. - Mar. 2003, p. 40). Também nesse sentido: FLORE, Daniel. *L'mandat d'arrêt européen: première mise en oeuvre d'un nouveaux paradigme de La justice pénale européenne*, *Journal des tribunaux*, 121 anne, n. 6050, abr. 2002, p. 273.

<sup>476</sup> Sem dúvida, os dois princípios co-fundantes da intervenção penal. Assim, pode-se dizer, e bem, como Faria Costa, que “sendo a manifestação primeira do poder punitivo do Estado, como tal uma ordem de repressão o direito penal é também, por paradoxal que pareça, uma ordem onde a *libertas* se tem como estrela polar” (COSTA, José de Faria, *Noções fundamentais de direito penal (Fragmentia Juris Poenalis)*, 2ª ed. Coimbra Editora, 2009, p. 25). Também conforme expõe Hassemer, “*la ley no sólo es para el condenado, fundamento de su condena, sino también protección ante los excesos, garantía de equidad y control*” (HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde – Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1982. p. 246).

<sup>477</sup> No sentido de que a globalização “leva ao desenvolvimento de uma nova criminalidade global, a modificações do direito penal e a uma crescente política criminal global”, *ver*:: SIEBER, Ulrich. Limites do direito penal – princípios e desafios do novo programa de pesquisa em direito penal no Instituto Max-Planck de direito penal estrangeiro e internacional. *Revista de direito da Fundação Getúlio Vargas*, v.4, n.1, São Paulo: Jan./June 2008.

<sup>478</sup> VOGEL, Joachim, *Estado y tendencias de la armonización Del Derecho penal material em Unión Europea*. Trad. M. Ontiveros Alonso. *Revista Penal* n. 10, 2002, p. 112.

<sup>479</sup> *Ibid.*, p. 112. Veja-se, ainda, quanto ao tema, do mesmo autor: VOGEL, Joachim. *Derecho penal y Globalización*, Trad. Cancio Melia, *en Globalización y Derecho. Anuario de La Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2005, p. 113.

<sup>480</sup> GRECO, Luís. Bernd Shunemann, penalista e professor. In SCHUNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pond, 2013, p. 17



para lutar contra a criminalidade de e favor da proteção dos direitos humanos<sup>481</sup>. A atuação isolada dos países, através de seus regimes jurídicos internos, tem-se mostrado insuficiente, considerando-se, principalmente, a diversidade dos sistemas jurídicos<sup>482</sup> e a inexistência de normas penais comuns aplicáveis indistintamente a todos. As disparidades existentes em questões criminais de Estado-Membro para Estado-Membro só serão resolvidas pelas vias da harmonização através da "aproximação compatibilizadora de regras nacionais diversas"<sup>483</sup>.

Não se pretende, como neste trabalho já se pontuou, sugerir a necessidade de criação de um código penal único para os países pertencentes à comunidade internacional, mas propor a harmonização de estruturas normativas materiais e processuais, sem que isso represente a eliminação de cada uma das estruturas nacionais, mas, antes, que os ordenamentos internos possam ajustar-se e adaptar-se mutuamente, exatamente, no campo que sempre significou sua debilidade e ineficiência<sup>484</sup>. O propósito de harmonização, passando ao largo da imposição de regras idênticas ou unificantes<sup>485</sup>, visa, justamente, a diminuir as divergências mais severas entre as normas nacionais<sup>486</sup>. A aproximação das normas penais dos Estados, assim como a compatibilidade de meios processuais aptos a viabilizar a aplicação dessas normas, seria amparada através de normas

---

<sup>481</sup> Decisão Quadro do Conselho da Comunidade Europeia, de 25 de outubro de 2004, que adota regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infrações penais e às sanções aplicáveis no domínio do tráfico ilícito de droga. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, PT, L 335/10, 11.11.2004, p. 1.

<sup>482</sup> DELMAS-MARTY, Meirelles, "Verso un Dirilto penale comune europeo": *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1997, 544.

<sup>483</sup> Nesse sentido, Ambos enfatiza, para um sistema internacional que se pretende universal e eficiente, a indispensabilidade de uma parte geral da teoria do delito moldada para o Direito Penal Internacional, reconhecendo, entretanto, a dificuldade de se levar esse plano a efeito, tendo em vista exatamente a diversidade dos sistemas jurídicos existentes (AMBOS, Kai. *Principios generales de Derecho Penal em el Estatuto de Roma de La Corte Penal Internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001, p. 19-20).

<sup>484</sup> Para usar uma analogia musical ilustrada por Joutsen, cada Estado-Membro pode continuar a desempenhar a sua própria música nacional, desde que esteja em harmonia com a música dos outros Estados e que reúna um certo padrão de qualidade (JOUTSEN, Matti. *The European Union and Cooperation in Criminal Matters: the Search for Balance*, HEUNI Paper n. 25, Helsinki, 2006, p. 29).

<sup>485</sup> Nesse sentido: DELMAS-MARTY, Mireille. Paris: Corpus Juris, Econômica, p. 29.

<sup>486</sup> Especificamente no que se refere ao território europeu, Alessandro Bernardi alerta que, em um contexto de intensa harmonização social e normativa, permitida pela abertura de fronteiras, escolhas político-criminais fortemente divergentes prejudicam a eficácia da pena na sua função de prevenção geral positiva (BERNARDI, Alessandro. *Opportunité de l'harmonisation*. In: *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, a cura di Mireille Delmas-Marty, Geneviève Giudicelli-Delage, Elisabeth Lambert-Abdelgawad. Paris: Société de législation comparée, 2003, p. 451-463). Com o mesmo encaminhamento e advertindo para o risco de deslegitimação das normas e de perda de confiança nos sistemas penais, que aumentará, à medida que crescer a confiança entre os Estados: WEYEMBERGH, Anne. *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*' (2005) 42 *Common Market Law Review*, Issue 5, p.185.

mínimas<sup>487</sup> a serem fixadas para todos os Estados, necessárias para uma adequada efetividade do instituto da cooperação penal internacional.

Todos parecem concordar no sentido de que é necessário um certo grau de harmonização, a fim de assegurar a cooperação internacional<sup>488</sup>, buscando uma aproximação ou coordenação das diferentes disposições ou sistemas jurídicos, eliminando as principais diferenças e criando requisitos ou normas mínimas<sup>489</sup>. Apresenta-se, como mais factível, o caminho de harmonização e de aproximação das legislações dos países,

---

<sup>487</sup> Vogel sugere, especificamente em relação às normas materiais, que essas normas mínimas deveriam tratar dos elementos dos tipos penais, dos comportamentos penalmente relevantes e das penas a serem impostas (VOGEL, Joachim, *Estado y tendencias de la armonización Del Derecho penal material em Unión Europea*, trad. M. Ontiveros Alonso, Revista Penal n. 10, 2002, p. 114). Ambos também salienta a necessidade de formulação de uma parte geral, especialmente, sobre as regras de imputação. (AMBOS, Kai, *Principios generales de Derecho Penal em el Estatuto de Roma de La Corte Penal Internacional*, Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001, p. 20). Quanto ao conceito e delimitação sobre o que seriam essas normas mínimas, há um esboço conceitual que pode ser extraído do art. 31, 1, e, do Tratado da Comunidade Europeia, que assim prevê: “A ação em comum no domínio da cooperação judiciária em matéria penal tem por objetivo, nomeadamente: ... e) Adotar gradualmente medidas que prevejam regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infrações penais e às sanções aplicáveis nos domínios da criminalidade organizada, do terrorismo e do tráfico ilícito de droga”. Na realidade da Comunidade Europeia, o processo de harmonização e de cooperação penal parte, portanto, do conceito e da implementação dessas normas mínimas.

<sup>488</sup> Além da facilitação à cooperação interestadual, Inês Horta aponta uma outra finalidade da harmonização (ou razão para harmonizar), qual seja: ensejar “um elevado nível de proteção contra a criminalidade”, estando essa finalidade ligada à eficácia “na prevenção e sancionamento da criminalidade”. A autora ainda aponta, como finalidades de harmonização no quadro específico da União Europeia, os seguintes: a liberdade de circulação e a segurança jurídica dos cidadãos europeus; a igualdade e a não discriminação no espaço europeu e a proteção dos bens jurídicos da União e a aplicação eficaz de outras políticas da União (finalidades essas ligadas aos objetivos da própria União Europeia), além de razões de identidade europeia e nacional. (PINTO, Inês Horta. *A Harmonização dos Sistemas de Sanções Penais na Europa – Finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas de futuro*, Coimbra Editora, setembro de 2013, p. 94 e segs.). Apontando também algumas classificações de finalidades (razões) para harmonizar, ver: BERNARDI, Alessandro, *Opportunité de l’harmonisation*, in *L’harmonisation des sanctions pénales en Europe*. Paris: Sociétés de législation comparée, 2003, pp. 457; BERNARDI, Alessandro, *Armonizzazione in ambito europeo dei processi di criminalizzazione primaria*, in *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Milano: Giuffrè editore, 2005, p. 289; SPENCER, John R. *Why is the harmonisation of penal Law necessary?*, in *Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law*, Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, 2002, pp. 43 e segs; VOGEL, Joaquim, *Why is the harmonisation of penal Law necessary? A comment*, in *Harmonisation and harmonising measures in criminal Law*, Amsterdam, 2002, p. 59.

<sup>489</sup> Contra esse entendimento, aduzindo que os benefícios da harmonização não superam os custos, pois, por um aspecto, a aplicação uniforme não seria garantida, devido às diferenças que se mantêm nos Estados, e, por outro, não haveria necessidade de harmonizar os crimes, pois o que importa é que exista uma proteção eficaz e proporcionada: SOTIS, Carlos. *Estado actual y perspectivas de futuro en la armonización del Derecho penal material*. Ed. Universidad de Castilla la Mancha. Colección Marino Barbero Santos. Cuenca. 2007, p. 107-133. Quanto à primeira crítica, trata-se de um “problema” inerente ao próprio conceito de harmonização, pelo que a crítica não pode valer para excluir apenas a harmonização nestes domínios. Quanto ao segundo, afigura-se que uma ação tendente a assegurar que as políticas gozam de uma “proteção eficaz e proporcionada”, nos vários Estados-Membros, consiste, precisamente, em verificar se essa proteção está minimamente harmonizada. Nesse sentido: PINTO, Inês Horta. *A Harmonização dos Sistemas de Sanções Penais na Europa – Finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas de futuro*, Coimbra Editora, setembro de 2013, p. 108.

com resultados e objetivos a serem alcançados<sup>490</sup> - criando, assim, uma base normativa mínima e conjunta, para que se possa concretizar, a partir daí, a cooperação penal entre eles -, do que propriamente tentar a solução de criação de um ordenamento penal universal totalmente integrado<sup>491</sup>. A harmonização das legislações seria, portanto, um pressuposto necessário para a viabilidade de uma efetiva estrutura de cooperação penal internacional entre os países, fazendo-se como uma harmonização penal instrumental para fins de cooperação<sup>492</sup>. Vervaele reconhece, inclusive, como um dos pilares da cooperação judicial, além do princípio do reconhecimento mútuo, exatamente a aproximação das legislações nacionais<sup>493</sup>.

Essa vinculação que deve existir entre uma precedente harmonização e o desenvolvimento adequado dos mecanismos de cooperação diz respeito ao fato, em especial, de gerar uma confiança entre os países que os permitam cooperar entre si, em um ambiente de compatibilidade normativa<sup>494</sup>. A aproximação entre os sistemas concebe uma confiança mútua entre os países, fomentando, desse modo, condições favoráveis à cooperação penal entre eles<sup>495</sup>. A ideia primordial que aqui se apresenta é, portanto, a de

---

<sup>490</sup> Referindo-se à harmonização entre os sistemas norte-americano e europeu, na área do Direito Penal Econômico, Nieto Martín pontifica que não basta unicamente a existência de enunciados legais similares em um e outro lado do Atlântico. Segundo o autor, “*lo verdaderamente importante es la recepcion de novedosas estrategias de politica criminal como la autorregulacion empresarial, la negociacion y colaboracion con las instancias encargadas del control a cambios de beneficios en la sancion, la aparicion de autoridades administrativas con amplios poderes de sancion e investigacion, o el papel policial que se le esta asignando a diversas administraciones publicas, abogados, auditores de cuenta, contables o empleados de banca*” (NIETO MARTÍN, Adán, *¿Americanización o europeización del derecho penal económico?*, Revista penal n.19, La Ley S.A., 2007, p. 123).

<sup>491</sup> A questão de quão longe as normas do Direito Penal e do Direito Processual dos Estados-Membros da União Europeia devem ser harmonizadas tem sido um assunto de considerável controvérsia. Figueiredo Dias tem denotado o desenvolvimento, dentro da União Europeia, do processo de facilitação e de incremento da cooperação judiciária entre os Estados-Membros, em paralelo a uma harmonização de regras materiais e processuais, “de modo a que cada Estado possa prosseguir mais eficazmente os seus interesses na investigação, perseguição e efectiva repressão penal” (DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. *Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2 ed., Coimbra, 2007, p. 12-13).

<sup>492</sup> Quanto à necessidade de se harmonizar para cooperar, *ver.*, em profusa opinião: JOUTSEN, Matti. *The European Union and Cooperation in Criminal Matters: the Search for Balance*, HEUNI Paper n. 25, Helsinki, 2006, p. 29.

<sup>493</sup> VERVAELE, John A. E. “*La europeización Del Derecho penal y La dimensión penal de La integración europea*”. Revista Penal n. 15, Universidade de Huelva, La Ley S.A., 2005, p. 181.

<sup>494</sup> Há quem inverta essa consideração, ao apontar que a confiança, pelo contrário, precederia a harmonização Nesse sentido: NUOTIO, Kimmo. *Harmonization of Criminal Sanctions in the European Union – Criminal Law Science Fiction*” in *Harmonization of Criminal Law in Europe*, eds. Husabo and Strandbakken, 2005 p. 98).

<sup>495</sup> No mesmo sentido do texto, mas, especificamente, em relação à realidade europeia: PINTO, Inês Horta, *A Harmonização dos Sistemas de Sanções Penais na Europa – Finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas de futuro*. Coimbra Editora, set. 2013, p. 100. A mesma autora ainda estende sua compreensão, mencionando que “os Estados mais facilmente cooperam com Estados cujos ordenamentos penais conhecem melhor e consideram ser próximos ao seu, assim como estarão dispostos a reconhecer e executar decisões de

funcionamento de uma estrutura normativa internacional harmônica e aproximada, criando um panorama de confiança mútua que permita facilitar e dar mais segurança ao regime de cooperação penal intergovernamental e interinstitucional entre os países<sup>496</sup>. Vervaele, nesse ponto, conclama a necessidade intergovernamental dos Estados de cooperarem entre si, em matéria penal, o que poderá ser feito de forma, cada vez mais, crescente, através de uma harmonização do Direito Penal Substantivo<sup>497</sup>.

Isso tem sido dito no que se refere à imprescindibilidade de convergência, no plano internacional, de princípios e regras jurídicas de natureza processual. Assim, Figueiredo Dias defende que a criminalidade é um fenômeno que surge, de forma muito similar, em todos os modernos Estados, cujo tratamento processual não pode, por isso, ser,

---

outro Estado se souberem que existe entre seus ordenamentos um conjunto de... normas comuns”. *Ibidem.*, 100. Weyemberg vai além e afirma que a harmonização contribui não apenas para criar uma confiança entre os países, mas também para legitimá-la (WEYEMBERGH, Anne. *L’harmonisation des législations: condition de l’espace pénal européen et révélateur de ses tensions* (2005) 42 *Common Market Law Review*, Issue 5, p.144). No Plano de Ação de Viena, a harmonização das legislações surgiu como forma de facilitar e de acelerar a cooperação judiciária. O Livro Verde sobre a Aproximação também apontou, como um dos objetivos desta, o de “assegurar a compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros, na medida do necessário para melhorar a cooperação”. Essa também é a leitura do art. 82 do Tratado de Lisboa.

<sup>496</sup> Alguns autores apontam a desnecessidade da harmonização para fins de cooperação, pois tal fim poderia ser alcançado através de outros meios: aplicação do princípio do *ne bis in idem* através da fixação de regras de competência; abolição do princípio da dupla incriminação; facilitação das regras de cooperação através da revisão das próprias regras de cooperação. (Nesse sentido, respectivamente: VOGEL, Joaquin. *Why is the harmonisation of penal Law necessary? A comment*, in *Harmonisation and harmonising measures in criminal Law*, Edited by Andre Klip and Härmen van der Wilt, Amsterdam, 2002, pp.62-63; NUOTIO, Kimmo. *Harmonization of Criminal Sanctions in the European Union – Criminal Law Science Fiction” in Harmonization of Criminal Law in Europe*, eds. Husabo and Strandbakken, 2005 p. 98; VANDER BEKEN, Tom. *Freedom, security and justice in the European Union. A plea for alternative views on harmonization*, in *Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law, Proceedings of the Colloquium, Amsterdam*, Dir. Andrea Klip, 2001, p. 97). Quanto ao primeiro instituto, importa denotar que aqui, na presente tese, não se seduz com a relativização da cláusula do *ne bis in idem* para fins de facilitação da cooperação, sendo precisa e suficiente, neste aspecto, a advertência de Maria Fernanda Palma: “o princípio *ne bis in idem* é expressão da garantia de que a perseguição criminal mediante o processo penal não é instrumento de arbitrariedade do poder punitivo, utilizada renovadamente e sem limites, mas é antes um modo controlável e garantido de aplicação do direito (...) O princípio *ne bis in idem* surge, deste modo, como uma emanção de duas ideias fundamentais: a vinculação do poder punitivo do Estado de Direito pelo desfecho do processo penal e o próprio princípio de necessidade de intervenção penal” (PALMA, Maria Fernanda. *Direito penal: parte geral*. Fascículos policopiados da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa: AAFDL, 1994, p. 136-137). A segunda proposta (abolição da dupla incriminação) cria, sem dúvida, uma abertura para o excesso punitivo do Estado e um ambiente de maior recrudescimento da situação do réu, que poderia submeter-se, illogicamente, a um processo penal por fato considerado atípico em um dos países e, inclusive, no seu próprio país. Quanto à terceira sugestão, a presente tese a encampa, mas não a tem como suficiente, já que se prega, nessa pesquisa, além da mudança das regras de cooperação para melhorar a própria cooperação, também a criação de um ambiente de harmonização que dê suporte a essas novas regras de cooperação.

<sup>497</sup> VERVAELE, John A. E. *La europeización Del Derecho penal y La dimensión penal de La integración europea*”, Revista Penal n. 15. Universidade de Huelva, La Ley S.A., 2005, p. 175.

de Estado para Estado, substancialmente diferente<sup>498</sup>. Para Vervaele, devido ao princípio do reconhecimento mútuo e ao conseqüente desenvolvimento do Direito Penal transnacional na Europa, a harmonização também está, cada vez mais, afeta ao Direito Processual Penal<sup>499</sup>. Os primeiros exemplos são a Decisão-Quadro sobre a execução de ordens de congelamento de bens ou de provas e a Decisão-Quadro relativa ao reconhecimento mútuo das sanções pecuniárias<sup>500</sup>. Também no plano específico da Comunidade Europeia e sua Convenção de Direitos Humanos, Joutsen aduz que todos os Estados-Membros deveriam desenvolver normas consensuais de proteção a alguns direitos

---

<sup>498</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O Processo Penal Português: problemas e perspectivas, *In: Que futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra Editora, 2009, pp. 816-818. O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos detém um extenso rol de garantias processuais aos acusados a serem implementados indistintamente pelos Estados signatários, fato que, a princípio, daria a conotação de uma ampla convergência de regras processuais em âmbito mundial. Marie especifica tais previsões, aduzindo que, a partir do Pacto, um julgamento justo tem, por base, a assunção de determinados direitos que convertem-se em expectativas em face das quais os Estados devem tratar os acusados. Seriam elas: um ensaio igual, justo, público e rápida perante um tribunal competente; a presunção de inocência; o direito de ser informado das acusações; ter assistência de um intérprete; de ter tempo e recursos adequados para preparar a sua defesa; a assistência de advogados (incluindo a nomeação de advogados públicos gratuitos, se necessário); os direitos de contraditar as testemunhas de acusação e assegurar testemunhas favoráveis; o direito ao silêncio; o direito a um recurso; compensação para condenações injustas e o direito ao duplo grau de jurisdição. Entretanto, mesmo a assimilação do referido Pacto por um considerável número de Estados não foi suficiente para que se visse perfectibilizada a aplicação desse regramento processual global, eis que não existe nenhuma corte internacional responsável por aplicar, em sua inteireza, as correspondentes disposições, bem como pelo fato de que muitos Estados restringem a aplicação, no âmbito nacional, dos referidos regramentos (AMANN, Diane Marie. Harmonic Convergence? Constitutional Criminal Procedure in an International Context, University of Georgia School of Law, *Indiana Law Journal*, v. 75, mar./apr. 2000, p. 82).

<sup>499</sup> Vervaele assevera que, no estabelecimento da harmonização do Direito penal e Processual Penal, e da própria cooperação transnacional, não se pode excluir a *“la armonización de los principios del proceso debido y del juicio justo”*. O autor, ainda, especifica a necessidade de harmonização mínima de regras relacionadas à admissibilidade de provas, dos direitos dos réus, durante o processo, e dos direitos processuais das vítimas dos crimes (VERVAELE, John A. E. *La europeización Del Derecho penal y La dimensión penal de La integración europea*, Revista Penal n. 15, Universidade de Huelva, La Ley S.A., 2005, p. 169 e 181). Também esse sentido é a manifestação de Tiedemann: *“Son susceptibles de armonización no tanto los ordenamientos jurídico – penales y los códigos penales en su conjunto como algunos ámbitos o sectores individuales, cuya equiparación jurídica supera la división tradicional en parte especial y parte general y abarca también al Derecho penal en un sentido más amplio, incluyendo las sanciones administrativas y el Derecho procesal.* (TIEDEMANN, Klaus. *La armonización del derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea*, em *CDJP*, Año III, n. 7, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 1997, p. 54).

<sup>500</sup> Assim é que, no atual cenário, a Corte Europeia dos Direitos Humanos apresenta-se na vanguarda da convergência internacional das regras de natureza processual, aproximando, nesse ramo, os ordenamentos dos países de tradições jurídicas opostas. A própria composição dos membros originais instituidores da Convenção Europeia de Direitos Humanos detinha representação tanto do sistema da *Common Law* quanto da *Civil Law*, marcando, já de início, um primeiro passo para a integração dos referidos sistemas. Apontando a Convenção como marco da convergência entre os sistemas, Jorg explica que, ao adotarem a referida Convenção, países de tradição jurídica continental têm adotado regras processuais gerais de equidade comparável à noção de devido processo legal americano (JORG, Nice et. Al. *Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging?*, in *Criminal Justice in Europe: a Comparative Study*, Phil Fennell eds., 1995, p. 41-43, 48).

processuais, ainda que a forma como tais direitos sejam previstos varie de um país para outro<sup>501</sup>.

Também se encontram sugestões de busca por uma harmonização mais ampla do Direito Penal, com a qual, pelos motivos já aduzidos no ponto 1.1, não se pode concordar. Saliente-se, assim, como ponto de referencial teórico, que não se busca, globalmente, uma harmonização ilimitada do Direito Penal e Processual Penal, o que representaria uma verdadeira e utópica unificação completa de todos os sistemas. Registre-se, nesse sentido, que, para Tiedmann, em consideração ao processo de uniformidade do Direito Penal europeu, a primeira questão básica para a construção de uma parte geral comum e fundamentada em critérios próprios consiste em averiguar a procedência de seus princípios fundamentais e de seus conteúdos. Ainda segundo o autor, os princípios do Direito Penal representam o ponto de contato entre os modelos europeu-continental e anglo-saxônico<sup>502</sup>. Assim, como instrumentos mínimos a serem aproximados, no intuito de impulsionar uma solução comum direcionada à facilitação da cooperação penal e processual penal entre os países, têm-se citado os princípios do Direito Penal, os institutos penais da responsabilidade penal, a aplicação da lei penal no tempo e no espaço, a competência, o objeto do crime, os sujeitos do crime, além das diretrizes acerca da delimitação das condutas das infrações penais<sup>503</sup>, com suas respectivas sanções<sup>504</sup>.

---

<sup>501</sup> O autor especifica as seguintes garantias: "...the inviolability of the person, the protection against selfincrimination, the right to be informed of the charges against oneself, the right to a proper defence, and so on" (JOUTSEN, Matti. *The European Union and Cooperation in Criminal Matters: the Search for Balance*, HEUNI Paper n. 25, Helsinki, 2006, p. 30). No plano específico da Comunidade Europeia e da sua Convenção de Direitos Humanos, Joutsen aduz que todos os Estados-Membros deveriam desenvolver normas consensuais de proteção a alguns direitos processuais, ainda que a forma como tais direitos venham previstos varie de um país para outro. Especifica as seguintes garantias: "...the inviolability of the person, the protection against selfincrimination, the right to be informed of the charges against oneself, the right to a proper defence, and so on" (JOUTSEN, Matti. *The European Union and Cooperation In: Criminal Matters: the Search for Balance*. Helsinki: HEUNI Paper n. 25, 2006, p. 30).

<sup>502</sup> TIEDEMANN, Klaus. *Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho Penal europeo*. *Revista Penal*, n. 3. La Ley S.A., 1999, p. 76-77 e 81.

<sup>503</sup> Entendendo-se que a harmonização impõe-se, também, em relação à não punição de certas condutas, ver:: CLAISSE, Simon, JAMART, Jean-Sébastien. *L'harmonisation de sanctions, in Actualités de droit penal européen, Les dossiers de La Revue de DroitPénal et de Criminologie* 9, Bruxelles: La Charte, 2003, p. 63.

<sup>504</sup> Sistematizando quais seriam os referidos princípios, Tiedeman destaca: "*Formulado de um modo general se trata de aquellos principios o reglas de la Parte General que se encuentran en La mayoría de los ordenamientos penales europeos y que constituyen el 'núcleo duro' del Derecho Penal, por representar principios irrenunciables Del moderno Derecho Penal. Los principios susceptibles de consenso y por ello de armonización em determinados sectores del espacio europeo son, al lado de los ya mencionados principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad, el reconocimiento de los derechos de necesidad (Notrechte) y conflicto (Konfliktrechte), la doctrina de la autoría y participación, la del error y la tentativa y finalmente también la de los concursos*". Ele ainda recomenda a regulamentação expressa e uniforme da proibição de

Aduz-se, por relevante, que a harmonização formal das matérias penais pelos legisladores nacionais não levaria em consideração questões fundamentais da parte geral do Direito Penal, mas apenas concepções jurídicas uniformes em relação a um número determinado de infrações penais, especificamente, infrações transnacionais de especial gravidade<sup>505</sup> e de um regramento comum de normas relacionadas à cooperação penal internacional entre os países. Assim, não se está à procura de harmonização total do Direito Penal, mas apenas na busca de uma capacidade de chegar a um acordo sobre a criminalização, ao menos, de infrações transnacionais de especial gravidade, mesmo se algumas especificidades variarem de um país para outro. Nesse sentido, corroborando o entendimento de Joutsen, apenas um nível básico de harmonização é procurado por dois motivos principais: a fim de assegurar que todos os Estados-Membros criminalizem as infrações mais graves, em especial, delitos transfronteiriços, graves, bem como a fim de apoiar um regime de cooperação penal internacional uniforme<sup>506</sup>. Não se vai aqui, portanto, ao ponto de concordar com Tiedemann quanto à necessidade de uma sistematização legal da parte geral do Direito Penal, a qual, segundo o autor, advém do fato de que as regras de imputação comportam uma ampliação da própria punibilidade dos delitos previstos na parte especial<sup>507</sup>.

Ergue-se, vivamente assinalada, a ideia de que a harmonização das normas penais constitui meio necessário para se atingir o objetivo de proteção dos bens jurídicos através da cooperação penal internacional entre os diversos países<sup>508</sup>, conforme se pode tomar, como exemplo, o disposto no art. 29, parágrafo 2, inciso I, do Tratado da União Europeia, o qual pugna, para os fins acima aludidos, por uma “aproximação, quando

---

analogia *in malam partem* e a retroatividade da lei penal mais favorável ao réu (TIEDEMANN, Klaus. *Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho Penal europeo*. *Revista Penal*, n. 3. La Ley S.A., 1999, 81).

<sup>505</sup> No sentido de criminalizarem-se apenas alguns tipos de delitos, no caso, os de especial gravidade, ver: JOUTSEN, Matti, *The European Union and Cooperation In: Criminal Matters: the Search for Balance*. Helsinki: HEUNI Paper n. 25, 2006, p. 30.

<sup>506</sup> Quanto a esse raciocínio, uma analogia é feita por esse autor: “*Here, an analogy can be made with the United States, where there is both federal and state legislation. Criminal Law on the federal level focuses on activity that has cross-border implications. Each state can and does legislate on other criminal acts*” (Ibid., p. 30).

<sup>507</sup> Segundo Tiedemann, além das matérias fundamentais de Direito Penal, deduzidas e sistematizadas através de uma comparação jurídica cuidadosa e ponderada, deve-se prever a regulamentação uniforme de alguns tipos concretos da Parte Especial. Concorda-se, nesse último aspecto, com o referido autor (TIEDEMANN, Klaus. *Op. Cit.*, p. 85).

<sup>508</sup> Assim, Delmas-Marty, veementemente, destaca a necessidade de se harmonizar determinadas definições, para se fazer possível e eficaz a cooperação (DELMAS-MARTY, Meirelles. “*Verso un Dirilto penale comune europeo*”: *Rivista Italiana di Dirito e Procedura Penale*, 1997, 2, p. 543-544).

necessário, das disposições de Direito Penal dos Estados-Membros”<sup>509</sup>. Não se busca, de forma absoluta, igualar todos os ordenamentos jurídicos, mas, na realidade, como fim mesmo do processo de harmonização, criar um embasamento normativo harmônico o suficiente para tornar o Direito Penal internacional “*plus juste, plus simple et plus efficace*”<sup>510</sup>. Também não se sugere a criação de uma estrutura formal intergovernamental de cooperação que exija a integração global entre os países, a par de uma necessária cessão de soberania<sup>511</sup>. As insuficiências demonstradas pelos sistemas internos e pelo atual enfoque dado ao Direito Penal internacional apontam, progressivamente, para o convencimento de que se deve buscar reforçar e aprofundar as teias normativas que levem a uma harmonização dos ordenamentos jurídicos, necessária, como já se disse, para a formação de uma estrutura eficiente de cooperação penal internacional.

A preocupação em se estabelecer um espaço normativo comum a todos os países, através da harmonização de uma base mínima de suas legislações penais e de um instrumento comum de cooperação penal internacional, cria o cenário favorável para a proteção dos bens jurídicos de viés transnacional<sup>512</sup>, cuja mácula, em seu desfavor, estaria sendo prevenida e reprimida através de uma estrutura internacional formal de cooperação penal. A concretização de um sistema de cooperação baseado em uma estrutura normativa harmônica, assimilada e integralizada em todos os países, permitiria, por operar-se através de uma ação conjunta, uniforme e cooperada entre os diversos Estados, superar as deficiências jurisdicionais e o *deficit* de efetividade dos ordenamentos jurídicos nacionais. As diferenças nos ordenamentos jurídico-penais geram falta de transparência, restringindo não só o acesso à justiça, mas também a segurança jurídica, pelo que a harmonização

---

<sup>509</sup> Art. 29 do Tratado da União Europeia: “Sem prejuízo das competências da Comunidade Europeia, é objectivo da União facultar aos cidadãos um elevado nível de protecção num espaço de liberdade, segurança e justiça, mediante a instituição de acções em comum entre os Estados-Membros no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal e a prevenção e combate do racismo e da xenofobia. Este objectivo será atingido prevenindo e combatendo a criminalidade, organizada ou não, em especial o terrorismo, o tráfico de seres humanos e os crimes contra as crianças, o tráfico ilícito de droga e o tráfico ilícito de armas, a corrupção e a fraude, através de...uma aproximação, quando necessário, das disposições de direito penal dos Estados-Membros, nos termos do disposto na alínea e) do artigo 31”.

<sup>510</sup> DELMAS -MARTY, M. *Corpus juris- portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*. Paris: Éditions Economica, 1997, nota 6, p. 29.

<sup>511</sup> MANGAS MARTÍN, A: “*El espacio penal y judicial europeo en el marco general del Tratado de la Unión Europea y la perspectiva de su reforma en 1966*”, in SALCEDO VEIASCO, A, “*Política común de Justicia e interior en Europa*”, Madrid, 1995, p. 67.

<sup>512</sup> Tratando especificamente da proteção dos bens jurídicos europeus através da harmonização das normas, ver:: MONTE, Mário Ferreira. O Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa” – Subsídios para a sua legitimação, *Quid Júris*, 2009, p. 65-66.



permitirá melhorar a mobilidade na cooperação entre os países, oferecendo aos cidadãos uma proteção equivalente<sup>513</sup>. O estabelecimento dessa base normativa penal comum representaria, quando da consecução do seu escopo de aparelhamento e desencadeamento de um sistema interligado de cooperação entre os países, a garantia, no plano interno de cada país, da eficácia das normas penais anteriormente não cumpridas ou ineficazes diante da ineficiência do ordenamento jurídico interno<sup>514</sup>.

A crença comprovada de que certos direitos já possuem unânime aceitação internacional, exige, como consequência necessária, uma crescente combinação entre as normas anteriormente divergentes e a execução de planos de cooperação para o desencadear das referidas normas. Vários argumentos a mais podem ser apontados em favor da imprescindibilidade da harmonização dos tipos penais nacionais na Comunidade Internacional para uma adequada operacionalização da cooperação penal entre os países:

1) apesar das diferenças de valores culturais entre os países, a aproximação das leis contribuiria para simplificar a aplicação da lei nas pendências processuais interestados, a partir da evidência de que os Estados deteriam, como base normativa para aplicação, basicamente a mesma lei de referência ou, até mesmo, leis diferentes, mas com conteúdo bastante uniforme;

2) é fácil concluir que essa situação de convergência reduziria o número de hipóteses de negativa de extradição e de mútua colaboração entre os países, já que deixariam de surgir diversos casos de conflitos normativos, usualmente ocorridos;

3) se os Estados detivessem, em sua estrutura jurídica, uma base normativa convergente, no âmbito penal e processual penal, criar-se-ia o cenário de confiança

---

<sup>513</sup> Segundo nos aponta Weyembergh, a harmonização permite, ainda, “evitar que alguns Estados-Membros, porque menos severos na incriminação e punição de certas condutas, possam aparecer como santuários...” (WEYEMBERGH, Anne. *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions'* (2005) 42 *Common Market Law Review*, Issue 5, p.180). No Conselho Europeu de Tampere, de outubro de 1999, considerou-se necessário alcançar um grau mais elevado de compatibilidade e de convergência entre os sistemas jurídicos dos Estados-Membros, de modo a que os criminosos não tenham a possibilidade de tirar partido das diferenças (Conclusão nº 5).

<sup>514</sup> Nesse sentido, “os riscos que a sociedade pós-moderna trouxe, e ainda trará, à coletividade também contribuem para a crise ao sistema jurídico posto. No quadro atual, percebe-se que os sistemas penais, individualmente considerados, são incapazes de responder ao desafio da nova criminalidade. Torna-se, pois, cada vez mais imperioso recorrer, em matéria penal, à cooperação internacional” (RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma política criminal europeia: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 15). Também na mesma linha de raciocínio, assevera-se que o viés transnacional, na nova criminalidade, que ultrapassa os limites do Estado-Nação, requer, em via de consequência, a cooperação internacional para a elaboração de propostas que tencionem uma parcela qualquer de eficácia (D'ÁVILA, Fabio Roberto. A crise da modernidade e as suas consequências no paradigma penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 8, n. 98, p. Encarte AIDP, jan. 2001).

adequado para a mútua assistência e cooperação entre os juízes e tribunais desses Estados, o que permitiria a aplicação direta e não burocrática das decisões judiciais proferidas pelas autoridades do Poder Judiciário de cada país, conforme se verá, com precisão, mais à frente;

4) a assimilação comum, com contornos normativos o máximo possível aproximados e harmônicos, na estrutura jurídica interna dos países da *Common Law* e *Civil Law*, de componentes fundamentais das regras materiais de determinados tipos penais, constitui base normativa interna suficiente para a convergência e aplicabilidade dos institutos de cooperação penal internacional;

5) a resposta à criminalidade internacional advinda da globalização deve basear-se em tipos penais assentados em um estreitamento das tradições jurídico-penais anglo-saxãs e continentais, sem ignorar as imposições e perspectivas advindas de ambos os sistemas<sup>515</sup>.

A partir da sugestão de harmonização, os Estados teriam o dever de aceitar as definições comuns de outros países, ainda que não as tivessem assimilado em seus ordenamentos jurídicos. Seriam, portanto, obrigados a cooperar, independentemente de previsão normativa absolutamente similar com a do país ou países envolvidos no processo de cooperação. A harmonização legislativa, no que se refere ao âmbito do direito penal material, justifica-se, assim, como resguardo mínimo da cooperação jurídica internacional. Possuindo uma base normativa mínima comum, os Estados terão uma confiança recíproca em seus respectivos ordenamentos jurídico-penais, já que o Estado ao qual fora solicitado o pedido de cooperação considerará, *ab initio*, como legítima e compatível a persecução penal do Estado solicitante, ainda que em um ou outro ponto haja pequenas divergências normativas. O estabelecimento de uma racionalidade jurídica comum que possa subsidiar os diferentes ordenamentos jurídicos permite que o Estado ao qual fora solicitado o pedido de cooperação não tenha que entrar no exame intensivo dos requisitos de mérito e procedimentais admitidos pelo Estado solicitante e pelo seu próprio ordenamento, pois partirá da premissa de que o dito Estado efetua sua atividade de maneira legal e legítima<sup>516</sup>.

---

<sup>515</sup> Nesse sentido, Perron identifica que, para uma reação global à criminalidade mundial, é impensável prescindir-se da convergência entre os sistemas (PERRON, Walter, *Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft?* – Trad. Será o sistema penal alemão um futuro sistema europeu? em *Festschrift für T. Lenchner zum 70. Geburtstag*, Munique, 1998, p. 227-246).

<sup>516</sup> Veja-se, a título de exemplo, o bem sucedido modelo nórdico de cooperação, baseado em uma estreita coordenação e cooperação e em um sistema de execução de decisões baseadas no reconhecimento

Com efeito, a proposta que ora se apresenta funda-se na ideia de que a adoção de uma base mínima comum do Direito Penal não é só necessária, mas também factível, já que, possuindo um ambiente normativo comum e convergente, é mais que natural que os Estados passem a confiar uns nos outros na solução de problemas que lhes são também comuns<sup>517</sup>. Com a aproximação normativa entre as diversas legislações para fins de cooperação penal internacional - propósito primeiro da presente pesquisa - haverá, ao contrário, um estímulo aos países em auxiliar a persecução desenvolvida no outro, por reconhecer no outro ordenamento uma base normativa harmônica à sua. Importa assinalar, no âmbito de tais considerações, é que se percebe a necessidade de implementação de um duplo objetivo, sendo a existência do primeiro prejudicial à do segundo: um primeiro objetivo de aproximar as normas penais que tratem dos crimes de especial gravidade e de conteúdo transfronteiriço, em paralelo a um segundo objetivo, que é o de garantir a aplicação eficaz das normas harmonizadas através de um sistema de cooperação penal internacional uniforme entre os diversos Estados. Saliente-se, por relevante, que a busca de tais objetivos não passa pelo questionamento da utilização do instrumento jurídico-penal como último meio de recurso para a proteção dos bens jurídicos, tampouco significa a ampliação da intervenção penal ou o aumento das sanções penais previstas em sintonia com os períodos em que sopram mais fortemente os ventos da *Law and order*<sup>518</sup>, mas apenas através de um esforço de harmonização e cooperação, significa garantir, no âmbito

---

mútuos, buscando-se uniformidade normativa no maior número possível de matérias, incluindo o estabelecimento de regras homogêneas relacionadas com infrações penais e respectivas penas. (ASP, Petter. *The Nordic 'sistem' for mutual recognition in criminal matters, in La reconnaissance Mutuelle de décisions judiciaires pénales dans l'Union Européenne*. Gilles de Kerchove/Anne Weimbergh (Orgs), Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 223-226).

<sup>517</sup> Nessa esteira, acentuando, e bem, Caeiro, embora referindo-se especificamente aos países da Comunidade Europeia, asseroa que a integração econômica e social só pode conseguir-se através da criação de uma regulamentação jurídica comum. Ainda segundo o autor, essa harmonização “deve ser obtida pela via da cooperação inter-estadual, através de modificações diretamente introduzidas pelos Estado-membros no seu direito nacional” (CAEIRO, Pedro. *Perspectivas de Formação de um Direito Penal da União Europeia*. RPCC 6, 1996, p. 189-190). Também nesse sentido: “a criminalidade é um fenómeno que surge de forma muito similar em todos os modernos Estados e cujo tratamento processual não pode, por isso, ser, de Estado, substancialmente diferente” (DIAS, Jorge de Figueiredo, *O Processo Penal Português: problemas e prospectivas, in Que futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra Editora, 2009, pp. 816-818).

<sup>518</sup> Movimento esse que, segundo Andrade, prolonga-se juntamente com os espaços temporais de insatisfação pública sensibilizada com um momento social de maior incidência de criminalidade, em especial, a violenta (ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova no Processo Penal*, Coimbra Editora, 2006, p. 134).

interno e internacional, a aplicabilidade eficaz das normas de Direito Penal protetoras dos bens jurídicos de categoria transnacional<sup>519</sup>.

A harmonização internacional deterá um resultado útil e concreto, especialmente, quando puder formar uma base normativa mínima validamente reconhecida internacionalmente. A partir dessa base normativa penal em âmbito internacional – operada, gradualmente, através do estabelecimento de normas mínimas substanciais e de mecanismo comum de cooperação, na forma como mais à frente será reportada - convertesse, desse modo, em elemento facilitador do cumprimento do objetivo de cooperação penal internacional entre os Estados, cuja implementação torna-se indispensável para a prevenção coordenada da criminalidade transfronteiriça e consequente proteção dos direitos humanos garantidos internacionalmente<sup>520</sup>. Para atingir o objetivo de homogeneidade entre os ordenamentos jurídicos, através de um gradual processo de convergência consensual entre Estados independentes, deve-se partir, portanto, da adoção de soluções legislativas comuns. Esse impulso legislativo que põe em dinamismo a harmonização das normas e a aproximação entre os ordenamentos jurídicos tem, enfim, o objetivo prioritário de viabilizar um modelo seguro de cooperação penal entre os países<sup>521</sup>, resguardando, conforme se verá mais à frente, tanto o interesse da aplicação eficaz da norma como os direitos fundamentais do arguido.

---

<sup>519</sup> Merecendo ter sempre por presente a advertência de Faria Costa, quando afirma que “a linguagem de redução dos direitos, das liberdades e das garantias, quando sustentadas em reais problemas de aumento da criminalidade... é sedutora, porquanto também aqui se pode jogar com a ideia de que se limita a liberdade para salvar a liberdade” (COSTA, José de Faria. *A criminalidade em um mundo globalizado: ou o plaidoyer por um direito penal não securitário*. In: COSTA, José de Faria. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – Visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 114).

<sup>520</sup> Assim, os Estados têm ambicionado mais do que uma cooperação meramente retrospectiva, de repressão dos crimes já ocorridos, ambicionaram também uma disciplina prospectiva, de prevenção criminal. Nesse sentido, especificamente, em relação aos Estados da União Europeia: CAEIRO, Pedro. *Cooperação Judiciária na União Europeia*. In: *Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários*, Coimbra Editora, 2009, p. 73.

<sup>521</sup> Sieber aponta quatro fatores decisivos que impõem uma harmonização parcial da legislação criminal nacional: 1) o desenvolvimento crescente e o reconhecimento internacional de posições legais comuns; 2) a necessidade de segurança internacional advinda do aumento da criminalidade transnacional; 3) a influência de organismos não estatais na área da política criminal; 4) o crescimento da cooperação internacional fundada em novas instituições com novos instrumentos de aproximação legal significativamente mais efetivos do que os mecanismos tradicionais (SIEBER, Ulrich. *The Forces Behind the Harmonization of Criminal Law*. In: M. Delmas-Marty/ M. Pieth/ U. Sieber (eds), *Les chemins de l'harmonisation pénale*, 2008, 385 e segs).

### 6.3 – As dissonâncias normativas dos regramentos de cooperação penal internacional previstos nos ordenamentos jurídicos nacionais como razão justificante para a criação de um mecanismo comum entre os países

Para poder compreender a deficiência da atual dinâmica da cooperação penal no âmbito internacional e suas idiossincrasias entre os países da *Common Law* e *Civil Law*, é preciso, além da análise de algumas generalizações dos sistemas (conforme será visto nos pontos 8.1 e 8.2), há de se perquirir, em uma relação comparativa, as particularidades fático-jurídicas de alguns sistemas jurídico-penais nacionais<sup>522</sup>. O Direito comparado é útil, sem dúvida, nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao Direito, para um melhor conhecimento e aperfeiçoamento do Direito nacional e para a compreensão dos povos estrangeiros e estabelecimento de um melhor regime para as relações da vida internacional<sup>523</sup>. A análise comparada<sup>524</sup> dos ordenamentos jurídicos – há muito tempo reconhece-se<sup>525</sup> - permite enxergar não apenas o sistema jurídico visto em seu

---

<sup>522</sup> Häberle aponta o método comparativo como “quinto elemento de interpretação das normas jurídicas”, relacionando-o aos métodos gramatical, histórico, teleológico e sistemático, que foram desenvolvidos e sistematizados por Savigny, fundador da escola histórica do Direito (HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 162).

<sup>523</sup> Tratando, ainda, sobre a importância da análise comparada dos direitos, René David, em sua clássica obra, já citada, aduz que “a comparação dos direitos, considerados na sua diversidade geográfica, é tão antiga como a própria ciência do direito. O estudo de 153 constituições que regeram as cidades gregas ou bárbaras serviu de base ao Tratado que Aristóteles escreveu sobre a política; Sólon, diz-se, procedeu do mesmo modo para estabelecer as leis de Atenas, e os decênviros, segundo a lenda, só conceberam a Lei das XII Tábuas depois de uma pesquisa por eles levada a cabo nas cidades da Grande Grécia. Na Idade Média comparou-se direito romano e direito canônico, e o mesmo aconteceu na Inglaterra onde se discutiu, no século XVI, sobre os méritos comparados do direito canônico e da *Common Law*. A comparação dos costumes serviu, mais tarde, de base nos trabalhos daqueles que procuram conservar na França de um Direito comum consuetudinário, na Alemanha um *Deutsches Privatrecht*. Finalmente, Montesquieu esforçou-se, pela comparação, por penetrar no espírito das leis e descobrir os princípios de um bom sistema de governo” (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1 e 4).

<sup>524</sup> Como definiu Paul Fauconnet, “para analisar é preciso comparar” (FAUCONNET, Paul. *La Responsabilité*. Paris, 1920, p. 18). Já identificado como uma verdadeira ciência (DANTAS, Ivo. Direito Comparado como Ciência. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 134, abr-jun 1997, p. 231–249) ou apenas como método (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003), o direito comparado é compreendido, também, como evolução do processo sistêmico, resultante da Escola histórico-evolutiva (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003).

<sup>525</sup> Saleilles propôs uma definição acerca da ciência do Direito Comparado, aduzindo ter a mesma a finalidade de “extrair do conjunto de instituições particulares um fundo comum, ou ao menos os pontos de aproximação suscetíveis de fazer aparecer sobre a diversidade aparente das formas, a unidade imanente da vida jurídica universal” (SALEILLES, Raymond, Conceção e objeto da ciência do direito comparado, *Boletim da Sociedade de Legislação Comparada, Congresso Internacional de Direito Comparado*, Paris, 1900, p. 383). Em apanhado histórico acerca dessa importância e com referência inclusive à proposta de Saleilles, ver: “No congresso de Paris de 1900, Saleilles e Lambert difundiram a idéia de que o Direito Comparado, em relação à sua função considerada como a mais nobre (ou seja, enquanto ciência autônoma

conjunto, mas, com mais especificidade, como cada sistema jurídico comporta-se diante de determinadas situações concretas e quais os resultados jurídicos propostos por cada um, abrindo espaço, assim, para a identificação de convergências e divergências entre os sistemas jurídicos e, a partir daí, para a construção de qualquer intento de harmonização. Assim, para se atender aos imperativos de unidade e da diversidade, evitando derivas securitárias, é o apelo aos direitos nacionais e ao estudo comparado que, ao mesmo tempo em que salvaguarda o múltiplo, permite a síntese da melhor opção a partir das soluções diversas. A harmonização perseguida é uma harmonização pluralista, a partir da análise comparada dos ordenamentos, extraindo de institutos jurídicos isolados, um teto comum<sup>526</sup>.

No trato específico do direito penal, segundo referencia Bacigalupo, a utilização do método de *direito penal comparado* não constitui, certamente, nenhuma novidade. Ainda conforme o mesmo autor, Feuerbach, em sua obra *Kleine Schriften* (1833), já havia enfatizado sua necessidade científica, ao considerar que a comparação era a fonte mais rica de conhecimentos das ciências da experiência<sup>527</sup>. Verdadeiramente, o Direito Penal comparado não é um corpo legislativo, mas, antes, um método<sup>528</sup>. Aduz-se, assim, que seu propósito não é normativo, mas cognitivo, logo, a comparação auxilia o descobrimento de áreas de convergência e de divergência entre sistemas legais. Os dois propósitos referidos são similares e podem, até mesmo, tornar-se um, quando o estudo comparativo vem a ter utilidade para a elaboração ou interpretação de uma norma

---

cujos objetivos consistiriam em erradicar a diversidade de direitos) tinha como missão permitir a elaboração de um ‘direito comum legislativo’. Na época, a comparação se limitava, freqüentemente, ao estudo de alguns sistemas jurídicos codificados do continente europeu, conforme a ideia dominante, igualmente presente em Savigny, de que somente os sistemas jurídicos que possuem estruturas comparáveis permitiriam o exercício da comparação e, portanto, da unificação. Assim, a comparação preparava a unificação do Direito, e a diversidade era quase *considerada como uma doença que a comparação nos ajudaria a curar*. Foi a *Belle Époque* do Direito Comparado, hoje ainda invocada com nostalgia, tanto é verdade que a tarefa de unificação do Direito confere ao Direito, muitas vezes, considerada como puramente especulativo, uma legitimidade evidente” (CHENUT, Charles-Henry, Abordagem comparativa entre os sistemas de *Civil Law* e de *Common Law*. In: Estudos de direito comparado e de direito internacional, Ed. Juria 2011, p. 275/276). Também quanto a esse destaque, ver: “Muito antes que a idéia européia adquirisse figura e forma jurídica, a busca de princípios comuns viera do direito comparado. Bem no início do século XX, um comparatista como Raymond Saleilles imaginava que “o direito comparado pela aproximação das justiças tenderá(ria) a tornar-se, em suas grandes linhas, o direito comum da humanidade civilizada (...) conservando ao mesmo tempo, para cada país, a independência absoluta de sua vitalidade própria” (DELMAS-MARTY, Mireille. Por um direito comum. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 136).

<sup>526</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. A Globalização do Direito Penal - Da Pirâmide à Rede ou entre a Unificação e a Harmonização, Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários vl. 3, Coimbra Editora, 2009, p. 90.

<sup>527</sup> BACIGALUPO, Enrique. *El método comparativo en la elaboración del Derecho penal europeo*, en *Hacia el nuevo Derecho penal*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2006, p. 584-585.

<sup>528</sup> Ibid.

internacional. O Direito Penal comparado é, portanto, uma ferramenta necessária para a aplicação do Direito Penal Internacional, contribuindo diretamente para a definição do costume internacional e aclaramento dos princípios gerais do Direito, de modo a permitir a aproximação entre o Direito positivo doméstico e o Direito positivo internacional<sup>529</sup>.

Para o processo de harmonização e cooperação entre os ordenamentos jurídicos penais dos diversos países, a análise comparada é necessária, especialmente, para o levantamento de dados e observação do desenvolvimento jurídico atual, uma vez que os mecanismos de cooperação penal são regulados de forma dissonante em sistemas e ordenamentos jurídicos distintos, nacionais e internacionais<sup>530</sup>. Nesse raciocínio, somente o levantamento e a comparação das previsões normativas de alguns ordenamentos jurídicos nacionais podem dar um panorama geral do desenvolvimento atual mundial e suas relações e fundamentos. A comparação é também “o fundamento metodológico para a harmonização jurídica”, constituindo condição necessária para a elaboração de um modelo de cooperação penal internacional que funcione e possibilite a superação dos limites territoriais do direito penal<sup>531</sup>.

A comparação entre os diversos ordenamentos jurídicos apresenta-se, assim, como um mecanismo imprescindível para a consecução de qualquer propósito de harmonização e cooperação penal comum entre os países. A tarefa de harmonizar e aproximar os direitos nacionais invoca, necessariamente, um exercício de conhecimento e de comparação entre as soluções, as regras e os institutos jurídicos dos diversos países<sup>532</sup>. A comparação não tem, assim, função meramente descritiva, observando as semelhanças e diferenças concorrentes como passo prévio e preparatório para a harmonização<sup>533</sup>. De fato,

---

<sup>529</sup> BACIGALUPO, Enrique. *El método comparativo en la elaboración del Derecho penal europeo*, en *Hacia el nuevo Derecho penal*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2006, p. 584-585.

<sup>530</sup> SIEBER, Ulrich, Limites do direito penal – princípios e desafios do novo programa de pesquisa em direito penal no Instituto Max-Planck de direito penal estrangeiro e internacional. *Revista de direito da Fundação Getúlio Vargas*. v.4, n.1, São Paulo: jan./jun. 2008.

<sup>531</sup> Ibid.

<sup>532</sup> Nesse sentido: DELMAS-MARTY, Mireille. *Comparative Criminal Law as a Necessary Tool for the Application of International Criminal Law, The Oxford C. to ICJ*, Ed. A. Cassese, Oxford University Press, New York, 2009, p. 97.

<sup>533</sup> GÓMEZ, María Isabel Garrido. *La utilidad del iuscomparatismo en la armonización de los sistemas jurídicos*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. V.. 36, n. 108, México, dez. 2003, p. 918. Especificamente quanto à regência do direito europeu, as seguintes opiniões: “*La comparación se ha convertido en la base epistemológica necesaria para la construcción de un derecho europeo común, es decir, para la armonización jurídica*”. (DONINI, Máximo. Escenarios del Derecho Penal en Europa a principios del siglo XXI. In: SILVA SÁNCHEZ, J. M. Política Criminal y nuevo Derecho Penal, Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1997, p. 47); “*El método comparado, en el que se integren también la comparación de los sistemas dogmáticos y los criterios de aplicación de la ley penal, tendrá en el desarrollo*

mesmo sem desconhecer as grandes dificuldades para se implementar qualquer processo de homogeneização dos ordenamentos jurídicos, a comparação evidencia o fato de que determinados elementos da cultura jurídica são passíveis de serem identificados por meio de alguns princípios ou regras comuns<sup>534</sup>, que, por sua vez, permitem a sistematização de

---

*de esta teoría europea del Derecho penal una función decisiva, pues permitirá comprobar, mediante la confrontación de los distintos puntos de vista teóricos, hasta qué punto existe una diferencia fundamental y, en todo caso, cuáles serían los caminos de su superación. Es claro que las divergencias no desaparecerán nunca totalmente, pero ello es consecuencia de la naturaleza de las cosas*” (BACIGALUPO, Enrique. *El método comparativo en la elaboración del Derecho penal europeo*, em *Hacia el nuevo Derecho penal*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2006, p. 602). “A legislação e a jurisprudência comparadas representam, de alguma forma, a geografia da nossa ciência e são suscetíveis, pelos horizontes ampliados que elas abrem, de fazer entrar o nosso Direito nacional no quadro de uma espécie de ‘ius gentium europeu’, de uma amplitude muito maior que a dos romanos” (GÉNY, François. *Methodes d’interpretation et sources en droit prive positif: essai critique.*, Imprensa: Paris: Lgdj, 1995). No mesmo sentido, ver: SIEBER, Ulrich. *Estado de evolución y perspectivas del Derecho Penal. Económico.* In: *Hacia um Derecho Penal Europeo*. Madrid, 1995, p. 619. Constinesco vai, entretanto, mais além, aduzindo: “O escopo do método comparativo, contudo, não é simplesmente a elaboração de denominadores comuns que permitam ao Direito se adaptar a unidades políticas e econômicas mais vastas, isto é, unificar ou harmonizar várias ordens jurídicas que constituem um ordenamento completo. De um lado, as funções do método comparativo são mais numerosas e mais diferenciadas; de outro, ele pode servir a finalidades diversas. Por sua vez, a tarefa principal da ciência dos Direitos comparados é confrontar os ordenamentos para descobrir os seus elementos determinantes, para poder ordená-los e classificá-los em sistemas jurídicos segundo a sua real afinidade” (CONSTANTINESCO, Leontin Jean. *Tratado de Direito Comparado*. Trad. Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro, 1998, p. 61).

<sup>534</sup> Nesse mesmo sentido, tem sido a interpretação contemporânea dada pelas cortes internacionais no que tange à referência ao Direito Comparado. O Tribunal Penal Internacional da Antiga Iugoslávia pontificou, em duas decisões diferentes (Furundzija e Delalic), que, ao se invocarem as diversas legislações nacionais para se justificar o escopo comparativo, busca-se colher dos conceitos gerais e das instituições legais comuns a todos os grandes sistemas legais do mundo um denominador comum (*Common denominator*, segundo a terminologia própria do Tribunal), demonstrativo de um princípio básico verdadeiramente comum a esses sistemas legais. Em Akayesu e Delalic, inclusive o Tribunal ressaltou que, na invocação da legislação nacional, não deveria ser feita referência a nenhum sistema legal sozinho, seja pertinente a Estados de *Common Law* ou de *Civil Law*, salvo se indicada essa referência por uma regra internacional (*Decision on the Motion on Presentation of Evidence by the Accused, Prosecutor v. Delalic et al., Case No. IT-96-21-T, 1 May 1997*, Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>), Acesso em: 12 out. 2014, às 21 h; Anto *Furundzija* (Trial Judgement). Publisher, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). Author: *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Case No.: IT-95-17/1-T, 10 December 1998*, Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>, acessado em 13 de outubro de 2014, às 20 hs). Assim, por exemplo, na interpretação sobre o uso de força ou na ameaça de uso de força, os juízes do Tribunal Penal Internacional da Antiga Iugoslávia, no caso Kunarac, reportaram-se não somente ao Direito da Bósnia-Herzegovina, mas também aos Direitos alemão, coreano, chinês, norueguês, austríaco, espanhol, brasileiro e estadunidense, porém, no que concerne a circunstâncias específicas que determinavam a vulnerabilidade da vítima, eles deram maior peso aos ordenamentos jurídicos suíço, português, francês, italiano, dinamarquês, sueco, finlandês, argentino, costarriquenho, uruguaio, filipino e estadunidense (essencialmente países de tradição romano-germânica). No que diz respeito à ausência de consentimento ou de participação voluntária, eles tenderam a considerar o Direito de países de *Common Law* (Inglaterra, Canadá, Nova Zelândia, Austrália, Índia, África do Sul e Zâmbia), tendo como única exceção o Direito belga, representante da família romanística. (*International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Case No.: IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, 22 de fevereiro de 2001*, Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>. Acesso em: 15 out. 2014, às 20 h).



determinados aspectos dos mesmos, através dos quais poder-se-á chegar a uma harmonização, ao menos, parcial de seus conjuntos.

Cumprindo o propósito do presente trabalho, realizou-se uma pesquisa comparada que permitisse proceder à análise de alguns ordenamentos jurídicos pertencentes tanto a países que adotam a família jurídica da *Common Law* quanto da *Civil Law*. Sendo irrealizável, obviamente, a análise de todos os ordenamentos jurídicos nacionais, a pesquisa partiu do estudo de seis ordenamentos jurídico-penais de países democráticos, sendo três deles pertencentes à família da *Common Law* e outros três perfilhados à tradição romano-germânica, cuja análise descritiva consta, em sua completude, no anexo da presente Tese. Observou-se do sistema jurídico de cooperação penal internacional do Canadá<sup>535</sup>, Reino Unido e Estados Unidos da América<sup>536</sup>, respectivamente, para, em seguida, esmiuçarem-se os ordenamentos de Alemanha, Portugal e Brasil.

A razão para a escolha específica desses três países *da Common Law* deve-se ao fato destes enfrentarem, de forma bastante presente em seu cotidiano jurídico, problemas relacionados à criminalidade internacional, realizando tais países ajustes nas suas estruturas normativas e regulamentares, enquanto seu Poder Judiciário tem feito valiosas contribuições para o aprimoramento e solidificação do Direito Penal

---

<sup>535</sup> O sistema jurídico canadense é, tecnicamente, bijuralista, já que há a adoção, em seu território, tanto da *Common Law* quanto da *Civil Law*, entretanto 9 das 10 províncias que compõem o Canadá utilizam o sistema jurídico inglês, enquanto a província de Quebec, de colonização francesa, possui o sistema jurídico regulado a partir dos princípios associados à *Civil Law*, de modo que o sistema anglo-saxão é, sem dúvida, o predominante.

<sup>536</sup> O sistema jurídico norte-americano, não pertencendo ao sistema romano-germânico, ostenta um perfil que não se amolda, completamente, ao sistema britânico (BLAKESLEY, Christopher L. *Revue Internationale de Droit Penal, Les Systèmes Pénaux à l'épreuve du crime organisé, section IV Droit pénal International, Colloque préparatoire Utrecht (Pays-Bas), 13-16 mai, 1998, Association Internationale de Droit Penal, 70 anée – nouvelle série, 1 et 2 trimestres 1999, Érès*, p. 504). Acentuando a referida diferenciação, alguns autores reconhecem, no Direito Constitucional, a existência de três grandes famílias jurídicas: a inglesa, a norte-americana e a francesa. Ver, quanto a essa afirmação: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 4. ed., t. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 101 e segs., citando, entre outros: René David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1993; Loewenstein, KARL. *Teoria de La Constitucion*, 4. ed. Barcelona, Ariel Derecho, 1986; Luís Sanches Agesta, *Curso de Direito(...)* Madri, Nacional, 1965; ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito – Introdução e Teoria Geral: uma Perspectiva Luso-Brasileira*, 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991). Mas resta óbvio, em que pese tal afirmação, que o sistema judicial norte-americano decorre do sistema da *Common Law* inglês. Ressalva-se, de tal regra, exclusivamente, o Estado da Louisiana, cujo sistema, por refletir sua história de dominação territorial francesa, combina o sistema inglês com derivativos do Código de Napoleão (TURCKER, John H. *The Code and the Common Law in Louisiana. In: The Code Napoleon and the Common-Law World* 92, 102 - Bernard Schwartz ed., Greenwood Press 1975, p. 346-351).

internacional<sup>537</sup>. A preocupação com que esses países têm tratado a problemática da criminalidade transnacional revela-se, também, no fato de que todos eles criaram departamentos especializados em crimes de transcendência internacional nas suas unidades de imigração<sup>538</sup>. A escolha dos ordenamentos português e brasileiro tem, por razões óbvias, base no fato de representarem esses dois países, exatamente, o campo de atuação profissional e acadêmica do autor desta Tese. A escolha da Alemanha tem evidência no referencial jurídico que o ordenamento correspondente representa para os demais países do sistema continental, especialmente, no campo do Direito Penal.

Em um segundo momento, como o objeto do presente estudo delimita-se à harmonização de tipos penais como padrão mínimo a ser estabelecido pelos Estados para a cooperação penal internacional entre os países, fez-se também uma pesquisa acerca de crimes transcendência internacional, cuja análise descritiva consta, em sua completude, no anexo da presente Tese. No que tange às espécies de crimes, múltiplas são as hipóteses em que se poderia promover uma harmonização internacional dos seus elementos constitutivos, viabilizando, assim, o desencadeamento de um sistema de cooperação apto a prevenir e reprimir referidas infrações<sup>539</sup>. A título de exemplo, poder-se-ia arrolar as seguintes espécies de infrações penais de abrangência transnacional: terrorismo<sup>540</sup>,

---

<sup>537</sup> RIKHOF, Joseph, *War Criminals Not Welcome; How Common Law Countries Approach the Phenomenon of International Crimes in the Immigration and Refugee Context*, in *International Journal of Refugee Law*, 03 out. 2009. v. n. 21, n. 3, p. 453.

<sup>538</sup> Ibid., p. 453.

<sup>539</sup> Há determinadas áreas em que a necessidade e a utilidade desse processo de internacionalização, através da harmonização e cooperação jurídica, são facilmente identificáveis. Vogel aponta três áreas em que ele identifica como sendo candidatas naturais a serem harmonizadas internacionalmente: 1) No caso de interesses legais comuns a todos os Estados, protegidos, de forma diferenciada, por cada Estado, e que, por tais inconsistências, mereceriam uma proteção jurídico-penal harmônica, como é o caso da do fato típico de moeda falsa; 2) Nas hipóteses de crimes de dimensões tipicamente internacionais e transfronteiriças, a exemplo de crimes contra a paz e crimes de guerra, bem como de crimes que são cometidos por organizações criminais internacionais, como é o caso do terrorismo internacional, o tráfico de drogas e de pessoas, alguns crimes econômicos e os crimes informáticos; 3) Nos casos em que uma lei extrapenal de determinada matéria já esteja devidamente harmonizada, requerendo, em contrapartida, o ajuste da norma penal correlacionada à matéria, quando, por exemplo, harmonizada a lei de regulação de mercado financeiro, gera a necessidade de se harmonizar internacionalmente os crimes de informação privilegiada e de manipulação de mercado financeiro (VOGE, Joachim R. *La internacionalización del Derecho penal y del Proceso Penal*, *Revista Penal* n. 22, Wolters Kluwer España, S.A., *Universidades de Huelva. Salamanca: Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla*. jul. 2008, p. 165).

<sup>540</sup> Quanto à necessidade de harmonização de determinadas infrações penais para o combate ao terrorismo, o Departamento das Nações Unidas contra as Drogas e a Criminalidade (UNODC – United Nations Office on Drugs and Crime) traz a seguinte advertência: “*One of the key provisions in all save two of the counter-terrorism conventions and protocols is the requirement that States parties incorporate certain criminal offences in their national Law. Doing so enables States parties to harmonize their criminal legislation with one another and prover:s them with a Common language for international cooperation. The introduction of the offences prover:d for in the treaties into the national Law of States parties makes it*

criminalidade organizada, lavagem de dinheiro, tráfico de seres humanos, tráfico de armas, tráfico ilícito de entorpecente, comércio ilegal de órgãos humanos, racismo, xenofobia, exploração sexual de mulheres, crianças e adolescentes, pornografia infantil, crimes ambientais, crimes financeiros e econômicos, crimes de informática, entre outros já existentes ou que possam vir a existir da evolução da criminalidade<sup>541</sup>.

Tendo em vista o propósito de delimitar o objeto do presente estudo, condensou-se a pesquisa, conforme análise descritiva constante do anexo, nos crimes de transcendência internacional de tráfico de entorpecentes, organização criminosa, tráfico de pessoas, lavagem de dinheiro, corrupção e terrorismo, dentro da estrutura jurídica de cada país acima indicado<sup>542</sup>, seguindo o parâmetro que a Oficina das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNIDOC) havia agrupado, em 2003, a seus seis programas globais e que, hoje, encontram-se incorporados ao *Crime Programme*<sup>543</sup>. Também levou-se em conta o disposto no Título VI, art. K.1, do Tratado de Amsterdão que, ao tratar das disposições relativas à cooperação judicial em matéria penal, estabelece que será objetivo da União prevenir e combater a criminalidade organizada e, em especial, “o terrorismo, o tráfico de seres humanos e os crimes contra as crianças, o tráfico ilícito de droga e o tráfico ilícito de armas, a corrupção e a fraude”, através de uma cooperação mais estreita entre as autoridades judiciárias e uma aproximação, quando necessário, das disposições de Direito

---

*possible to identify similar offences in each of the States parties and thus to avoid obstacles due to the absence of dual criminality.” (International cooperation in criminal matters: counter-terrorism, 3, COUNTER TERRORISM LEGAL TRAINING CURRICULUM. Disponível em: [http://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Training\\_Curriculum\\_Module3/Module3\\_EN.pdf](http://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Training_Curriculum_Module3/Module3_EN.pdf), p. 21). Acesso em: 11 mar. 2013, às 14 h.*

<sup>541</sup> Acerca da evolução do conceito de delinquência, definição, sem dúvida, indeterminada, ver: BACIGALUPO, S., *Perspectivas Del Derecho Penal em El marco de La Constitución Europea. In: Estudios Penales em homenaje al Profesor Cobodel Rosal*. Madrid, 2005, p.71-72.

<sup>542</sup> Adota-se, aqui, a classificação de Werle no sentido de apontar os crimes de transcendência internacional (*international crimes*), sob os auspícios do Direito Internacional Penal, entre os quais se diferenciam os crimes de Direito Internacional (*crimes under international Law*), regidos pelo Direito Penal Internacional, que são punidos diretamente pelo Direito Internacional e por organismos internacionais, a exemplo dos crimes contra a humanidade e dos demais crimes internacionais previstos no Estatuto de Roma, dos demais crimes de transcendência internacional, em relação aos quais o direito internacional apenas estabelece obrigações de efetivação da penalização de determinada conduta de acordo com o Direito interno de cada país, de que são exemplos as convenções de Viena de 1998 e de Palermo de 2000 (WERLE, Gerhard. *Tratado de derecho penal internacional*. Tirant-lo-blanch, Maculan, Elena, 2011, p. 92). Também se excluem desta discussão os chamados crimes supranacionais, regulados pelo Direito Penal supranacional, a partir da sentença do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 15 de setembro de 2005.

<sup>543</sup> UNODC, *Thematic Programme Crime Prevention and Criminal Justice, 2010 – 2011, Justice Section, Division for Operations, UNODC, Revised version, April 2011, p. 3*. Ver, também, quanto às indicações desses crimes como parâmetros referenciais dentro dos crimes de transcendência internacional: MATUS, Jean Pierre. *A Política Criminal dos Tratados Internacionais*, in D`ÁVILLA, Fábio Roberto. *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências*, 8 e 9 de jun. 2009, EdUPUCRS, Porto Alegre, 2011, p. 144.

Penal dos Estados-Membros. Ademais, conforme se verificará no ponto 7.1, a presente pesquisa volta-se, o mais possível, ao atingimento de um equilíbrio entre regras mínimas comuns e regras dissonantes essenciais à base de cada sistema original, de modo que a divergência entre fenômenos criminais justifica também diferentes graus de aproximação<sup>544</sup>.

A análise dos tipos penais dos referidos Estados integrantes da comunidade, conforme análise descritiva constante do anexo da presente Tese, revela a falta de uniformidade com que a previsão da criminalidade de transcendência internacional são tratados, representando, reflexamente, uma desarmonia entre os sistemas correspondentes a cada um dos países, que figuram como opostos e não concordantes. Assim, apenas a título de demonstração, percebe-se que as normas-tipo antidrogas espelham invariavelmente a política com que cada Estado enfrenta a problemática das drogas, seja ela mais afeta a uma ‘Guerra contra as Drogas’<sup>545</sup>, seja mais aproximada a uma política pública de danos mínimos - podendo inclusive alcançar a descriminalização de uso e posse para uso de drogas de baixo potencial lesivo - . No cotejo entre o posicionamento desempenhado, de um lado, pela Organização das Nações Unidas - concordante com o método proibicionista americano<sup>546</sup> - e de outro, pela política interna da alguns países que reconhecem excessos nesse modelo vigente, afiance que a legislação portuguesa transmite um parâmetro mais

---

<sup>544</sup> Nesse sentido, por ser a criminalidade transnacional fenômeno que afeta bens jurídicos comuns a vários Estados e que podem ser prevenidos e reprimidos, mais eficazmente, através de estratégias comuns, justifica-se plenamente uma harmonização acentuada de tais fenômenos, sendo a harmonização, nesse âmbito, prioritária. (Nesse sentido: PINTO, Inês Horta. A Harmonização dos Sistemas de Sanções Penais na Europa – Finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas de futuro, Coimbra Editora, setembro de 2013, p. 348 e 349). Também no sentido de propor diferentes necessidades de harmonização à vista de fenômenos criminais divergentes: SIEBER, Ulrich. *Memorandum on a European Model Penal Code*, *European Journal of Law Reform*, nº 4, 1999, pp. 457; BERNARDI, Alessandro. *L'harmonisation des systèmes européens de sanction en matière de circulation routière*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2006, p. 289; KLIP, André, *The Constitution for Europe and Criminal Law: a step not far enough*, *MJECL* 12, fasc. 2, 2005, p. 121; MONTE, Mário Ferreira. O Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa” – Subsídios para a sua legitimação, *Quid Júris*, 2009, pp. 65-66.

<sup>545</sup> Pode-se resumir esse posicionamento na seguinte declaração: “a meta é a existência de um mundo totalmente livre das drogas” (ESCOHOTADO, Antonio. *La Historia General de Las Drogas*, 7. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1998, p.800).

<sup>546</sup> Nesse sentido, “o sistema político-criminal global, pensado a partir das Convenções sobre Drogas da ONU, proíbe a produção, distribuição, transporte, venda, compra e porte de algumas substâncias especificamente elencadas em listas próprias, punindo tais condutas com penas prisionais” (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 22 – n. 2 abr./jun. 2012 – Diretor: Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 201, p. 305). Países emergentes ainda seguem à risca as determinações das Nações Unidas por várias razões, entre elas, a grande influência norte-americana e o medo de sanções econômicas previstas para o caso do não cumprimento de tratados internacionais (FERREIRA, Márcio Ricardo. O problema social do uso de drogas no Brasil: os limites da intervenção penal, *Saber Humano* - Ano 5, número 6 - 2015.1, p. 119).

condizente com a pós-modernidade, com os direitos e garantias universais do homem e com a tomada de rédeas pelo Estado da situação sob olhar pragmático, evitando custos de combate excessivo e irrestrito a drogas e danos decorrentes do acolhimento inadequado da pessoa dependente<sup>547</sup>.

Percebe-se, também a título exemplificativo, quanto às descrições do tipo de crime organizado, a existência de uma contradição entre o art. 288 do CP Brasileiro e o art. 299 do Código Penal Português, o art. 5º da Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional e a Recomendação Rec (2001)11, de 19/9/2001, do Conselho de Ministros da União Europeia. Decerto, o art. 288 do CP Brasileiro, ao dispor sobre a “associação de 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes”, necessariamente diz respeito a mais de um fato típico. As outras três normas, em contrapartida, prelecionam a expressão de se cometer um ou mais crimes, o que significa dizer que, para Portugal, para a Organização das Nações Unidas e para a União Europeia, existe crime de organização criminosa mesmo que tal prática seja destinada ao tentame de apenas um delito.

Como particularidade aparente do tráfico de seres humanos, destaca-se a deficiência e incongruência da maioria das leis e de suas definições normativas: algumas delas desarranjadas dos encaminhamentos internacionais - esteando a consumação e crescimento do tráfico humano – outras contraditoriamente imprecisas – tornando as pessoas traficadas, ainda mais, vulneráveis<sup>548</sup> -. À falta de definição uniforme nas previsões típicas nacionais e internacionais, cumpre considerar que o texto internacional encartado no Protocolo para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças – universalmente aceito pela maior parte dos países

---

<sup>547</sup> Nesse sentido, a política da droga implementada em Portugal tem merecido referências positivas da comunidade científica internacional. (COSTA, José de Faria, Algumas breves notas sobre o regime jurídico do consumo e do tráfico de droga. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Coimbra, ano 134, n. 3930, janeiro 2002, p. 275). Também sobre o tema e no mesmo sentido: GREENWALD, Glenn Greenwald, *Drug Decriminalization in Portugal*, Cato Institute, 2009, p. 38; DOMOSTAWSKI, Artur, *Política da Droga em Portugal – os benefícios da descriminalização do consumo de drogas*, Lisboa: Open Society, 2011, p.8; QUINTAS DE OLIVEIRA, Jorge Albino. *Regulação Legal do Consumo de Drogas – impactos da experiência portuguesa da descriminalização*. Prefácio de Cândido Agra. Porto: Fronteira do Caos Editores, 2006, 102.

<sup>548</sup> Nesse sentido: SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tráfico internacional de mulheres e de crianças. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 10, n. 112, p. 4, mar./2002. 49; QUAGLIA, Giovanni. Tráfico de pessoas, um panorama histórico e mundial. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. *Política nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas*. Brasília: SNJ, 2 ed., 2008, p. 40.

democráticos<sup>549</sup> - busca dar uma demarcação mais precisa e exaustiva ao conceito do tráfico de pessoas.

As contradições não são menores com o branqueamento de capitais, eis que a sofisticação dos mercados financeiros, que possibilita movimentação de ativos *online* e garante grande liquidez de valores negociados em bolsa, sobretudo em nichos de pouca ou nenhuma regulamentação estatal, além do fato de que, muitas vezes, a lavagem de dinheiro tem de recorrer a contas cifradas, mantidas em instituições sediadas em Estados com sigilo bancário amplíssimo, ou em paraísos fiscais, faz da transnacionalidade quase uma regra de tal modal ilícito<sup>550</sup>. Essa propensão de tratamento global, entretanto, ainda não se reflete, como se vê na análise descritiva constante do anexo, em uma coesão de derivativos de tipos das diversas previsões contidas nos ordenamentos nacionais e internacionais. Nessa vertente, conforme advertência de Faria Costa, em que pese haver “uma tendência de aproximação das técnicas de intervenção jurídico-penal — aproximação esta não por acaso até estimulada pelos mecanismos de harmonização do direito penal no seio da União Europeia — nos diversos sistemas jurídicos, o certo é que ainda existem algumas oscilações ou curvas de diferença na definição de aspectos centrais, como, por exemplo, na determinação do rol dos crimes antecedentes relevantes no branqueamento”<sup>551</sup>.

Quanto a esse último e essencial aspecto, controverte-se não só nas previsões de cada ordenamento, como também nas críticas a um ou outro tipo de sistema. Nesse sentido, se a previsão de um rol taxativo favorece a persecução penal dos responsáveis pela prática de lavagem de dinheiro, sua eliminação acarreta um certo risco de banalização da figura típica de lavagem, ensejando a possibilidade de um apenamento

---

<sup>549</sup> Sua definição, sem dúvida, é uma das mais assimiladas, já que abrange as várias configurações da prática criminosa (SIMÕES, Euclides Dâmaso. Tráfico de pessoas: breve análise da situação em Portugal. Revista do Ministério Público, Portugal, v. 23, n. 91, p. 82, jul./set. 2002).

<sup>550</sup> A lavagem de dinheiro também é tratada pela maioria da doutrina através da operabilidade em três fases distintas: conversão ou ocultação, dissimulação ou mascaramento e integração. Por todos: FÁRIA COSTA, José de. *O branqueamento de Capitais – Algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal*. Direito Penal Económico e Europeu: textos Doutrinários. Coimbra: Editora Coimbra, 1999, p. 305. Ver também: BRANDÃO, Nuno, *Branqueamento de Capitais: O Sistema Comunitário de Prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 119; SOUTO, Miguel Abel. *El blanqueo en la normativa internacional*. Servicio de Publicación e intercambio Científico da Universidade de Santiago de Compostela, 2002, p. 28-30.

<sup>551</sup> Conforme ainda preleciona o autor, “tais assimetrias ou sinuosidades revelam que a tensão entre a narrativa do esperanto universal (tónica de uniformização ou homogeneização) e a narrativa de Babel (tónica de diversidade ou liberdade) ainda não encontrou um equilíbrio suficientemente estável na conformação legislativa da matéria” (COSTA, José de Faria, “A protecção penal contra o branqueamento de capitais em Portugal”, In: *IV Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Coordenadores: Miguel Abel Souto e Nielson Sánchez Stewart, Valência, Tirant Lo Blanch (Edt.), 2014, p. 217 e s).

por crime de lavagem superior à sanção prevista para crime antecedente, o que é, de certa forma, incoerente<sup>552</sup>. Por perfeita e acabada, cumpre transcrever, aqui, o sentido do problema apontado por Faria Costa para essa espécie de criminalidade, aduzindo tratar-se de “fenômeno que deixa entrever, de forma especialmente gráfica, o verdadeiro drama do direito penal contemporâneo, a ser enfrentado pelas actuais e futuras gerações de penalistas: a passagem de um direito penal compreendido à luz de uma noção de espaço limitado à ideia de Estado-nação para um direito penal agora tematizado desde a perspectiva de uma noção normativa de espaço ilimitado ou global”<sup>553</sup>.

O debruçar sobre os tratamentos penais da corrupção nos sistemas jurídicos dos 6 (seis) Estados em tela demonstram que o combate à corrupção, hodiernamente, constitui preocupação presente em todos os ordenamentos jurídicos<sup>554</sup>. O reconhecimento da amplitude internacional deslinda-se em seu caráter econômico, gerando reflexos no âmbito dos diferentes Estados, bem como na natureza dos sujeitos envolvidos<sup>555</sup>. Do mesmo modo, ajusta-se uma política criminal comum nesse contingente, com o objetivo de harmonizar os enquadramentos legais, resguardar interesses de alta relevância internacional, bem como promover a cooperação internacional e a promoção de mecanismos preventivos eficazes<sup>556</sup>.

A constatação, entretanto, acerca da “transversalidade da corrupção – e a sua existência em todos os países” – não significa, conforme advertência de Cláudia Santos, “que a sua incidência ou as suas características sejam semelhantes”<sup>557</sup>, o que também bem se pode perceber na análise descritiva feita no anexo de Tese. Entre as tantas nuances diferenciadoras, uma, em especial, merece destacada consideração: a

---

<sup>552</sup> Nesse sentido: MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36.

<sup>553</sup> COSTA, José de Faria. A protecção penal contra o branqueamento de capitais em Portugal. In: *IV Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Coordenadores: Miguel Abel Souto e Nielson Sánchez Stewart, Valência, Tirant Lo Blanch (Edt.), 2014, p. 217 e s.

<sup>554</sup> Nesse sentido, a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, no capítulo da penalização, requer que os Estados-Partes introduzam nos seus ordenamentos jurídicos tipificações criminais que abrangam não só as formas básicas de corrupção, mas também os atos conducentes a esta. Ainda se propugna pela cooperação internacional entre os Estados, para obter melhores resultados, designadamente através da assistência legal mútua na recolha e partilha de provas, cooperação nos processos de extradição, ações conjuntas de investigação, entre muitas outras formas.

<sup>555</sup> FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. *Corrupção no setor privado: uma questão de bem jurídico*, *Revista Liberdades nº 15: Janeiro - Abril de 2014*, p. 144.

<sup>556</sup> DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez, *Sobre la corrupción entre particulares. Convênios internacionales y derecho comparado*, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, ano 19, n. 89, 2011, p. 170-171.

<sup>557</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra Editora, 2009, p. 14 e 27.

criminalização da corrupção nas relações privadas. Enquanto alguns ordenamentos ainda passam por um período de discussão acerca da tipificação correspondente, outros, em contraponto, têm-na, em suas legislações, como crime já deveras tradicional<sup>558</sup>. A doutrina dá guarida a tais nuances diferenciadoras dos tipos, havendo entendimentos que submetem a juízo de valor essencialmente à exigência de se valer do Direito Penal para a criminalização da corrupção nas relações privadas, por perfazer um atentado ao seu caráter subsidiário, fragmentário, de *ultima ratio* ou mínimo<sup>559</sup>, e, em caminho diametralmente oposto, defende-se a aludida criminalização, tendo em vista, básica e objetivamente, três fatores: o aumento substancial das atividades econômicas na concentração privada, atividades essas antes desenvolvidas pelos Estados<sup>560</sup>; excepcional gravidade social advinda desse tipo de criminalidade<sup>561</sup>; especial danosidade relativa ao *adequado funcionamento de uma economia de mercado em um Estado de direito*<sup>562</sup>.

Ainda a partir da análise descritiva dos tipos constantes do anexo, percebe-se que, a despeito de a tipificação penal de terrorismo estar longe de um consenso universal, ocidental ou mesmo no âmbito das nações ditas desenvolvidas<sup>563</sup>, têm-se, como elementos fundamentais para a repressão penal do terrorismo pós-moderno: a atuação individual, em células ou em verdadeiras empresas criminosas; a possibilidade de financiamento das atividades por meio de prática de outros crimes e de branqueamento de capitais; a

---

<sup>558</sup> A previsão penal da corrupção no setor privado tem previsão típica tanto no Reino Unido quanto na Alemanha, desde o início do século XX (ARZAMENDI, José Luis De La Cuesta, *La criminalización en el sector privado: ¿Asignatura pendiente del derecho penal español? La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo*, p. 258). A prévia tipificação em tais países, aliás, teria induzido a uma busca por criminalização naqueles países que não a previam, tentando evitar danos às suas empresas à vista da proibição da corrupção privada, quando em concorrência com outras legislações que não inpussem a responsabilização criminal por tais atos, à falta de previsão penal neste sentido (DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez, *Sobre la corrupción entre particulares. Convênios internacionales y derecho comparado, Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 19, n. 89, 2011, p. 171-172).

<sup>559</sup> Nesse sentido: FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. Corrupção no setor privado: uma questão de bem jurídico. *Revista Liberdades*, n. 15. jan./abr. 2014, p. 172. Também questionando a criminalização de toda e qualquer conduta decorrente de corrupção nas relações privadas, por entendê-la “*desnecessária e, porventura, até de contraproducente*”, ver: SANTOS, Cláudia. A corrupção: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal. Coimbra: Ed. Coimbra, 2009, p. 20-21.

<sup>560</sup> Quanto a essa vertente, ver: BERNAL, Javier Sánchez. *La corrupción en el sector privado: debate en torno a su inclusión en el Código Penal, CT 2* (2010)207-225, p. 211.

<sup>561</sup> BIBINO, Claudio. O problema específico da corrupção no setor privado (no Brasil e em Portugal). In: SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2009. p. 204.

<sup>562</sup> FOFFANI, Luigi, *La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 17, n. 81, 2009, P. 50.

<sup>563</sup> Pesquisa realizada em 1998 agrupou 109 (cento e nove) definições diferentes de terrorismo, sem consenso, pois, quanto à especificidade do conceito (RECORD, Jeffrey. *Bounding the Global War on Terrorism*. Monografia publicada pelo Securities Studies Institute, 2003).



utilização, instrução e desenvolvimento de técnicas para a disseminação de terror por explosivos, agentes químicos, agentes biológicos ou radioisótopos ionizantes ou, ainda, pela prática de crimes graves, geralmente violentos; finalidade de terror, consistente em influenciar ou intimidar governos, organizações, autoridades, populações ou indivíduos<sup>564</sup>. O que se disse acima é obtido dos paradigmas das Convenções das Nações Unidas para a Supressão de Atentados Terroristas e para Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear, bem como das legislações de todos os Estados em estudo<sup>565</sup>, levando-se em consideração inclusive a advertência de Faria Costa no sentido de que, no nível europeu, há uma forte harmonização legislativa que permite a prevenção conjunta e combate ao terrorismo<sup>566</sup>.

O cenário demonstrado na pesquisa descritiva aponta a carência, ainda, de uma sistematização entre os diversos sistemas jurídicos no que tange aos mecanismos jurídico-penais de cooperação dos referidos<sup>567</sup>, situação essa que impõe, ao menos, de

---

<sup>564</sup> Fernanda Palma defende que uma conceituação acerca do crime de terrorismo internacional tem de considerar o caráter atentatório contra a segurança e a paz no relacionamento internacional e a lógica de poder de indivíduos ou grupos sobre populações indefesas (PALMA, Maria Fernanda. Tribunal Penal Internacional: evoluções previsíveis ante os problemas da guerra de agressão, da “legítima defesa preventiva” e do terrorismo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, v. 44, 2003).

<sup>565</sup> Cumpre salientar que, pelo sistema das Nações Unidas, ainda não existe uma Convenção conclusiva sobre o terrorismo, traçando uma definição objetiva do delito, mas uma diversidade de Pactos que tratam de questões específicas, quais sejam: Convenção relativa às infrações e certos outros atos cometidos a bordo de aeronaves; Convenção para repressão ao apoderamento ilícito de aeronaves; Convenção para a repressão de atos ilícitos contra a segurança da aviação civil; Convenção sobre a proteção física dos materiais nucleares; Protocolo para a supressão de atos ilícitos de violência nos aeroportos a serviço da aviação civil; Convenção para prevenir e punir os atos de terrorismo configurados em delitos contra as pessoas e a extorsão conexa quando tiverem eles transcendência internacional; Convenção sobre a prevenção e punição de infrações contra pessoas que gozam de proteção internacional, incluindo os agentes diplomáticos; Convenção Interamericana contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, munições, explosivos e outros materiais correlatos; Convenção para a tomada de reféns; Resolução nº 1373/01 do Conselho de Segurança das Nações Unidas; Convenção sobre a marcação dos explosivos plásticos para fins de detecção; Convenção Internacional sobre a supressão de atentados terroristas com bombas; Convenção Interamericana contra o terrorismo; Convenção Internacional para supressão do financiamento ao terrorismo; Convenção para a supressão de atos ilícitos contra a segurança da navegação marítima; Protocolo para a supressão de atos ilícitos contra a segurança da navegação marítima; Convenção Internacional para a supressão de atos de terrorismo nuclear.

<sup>566</sup> COSTA, José de Faria. *Comparative Counter-Terrorism Law*, Relatório português, Edição: Kent Roach, Cambridge, 2015, p. 343. O mesmo autor, em outra de suas obras, parece aceitar que, no campo específico do terrorismo, as mudanças no mundo e na sociedade possam justificar alguma resposta unitária. Eis, em completude, o raciocínio do renomado Professor: “Não discutimos que alguma resposta unitária não possa deixar de ser levada a cabo perante formas profundamente insidiosas e devastadoras de terrorismo”. (FARIA, Costa, O Direito Penal, a Linguagem e o Mundo Globalizado, *Babel ou Esperanto Universal?*, in Direito Penal E Política Criminal No Terceiro Milênio Perspectivas E Tendências, Org. Fabio D’Avilla, Atas do Congresso Internacional – Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio Humboldt-Kolleg in Strafrecht, VIII Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais, 8 e 9 de junho de 2009, Edipucrs, Porto Alegre, 2011, p. 23).

<sup>567</sup> Tratando da falta de uma perspectiva sistemática do Direito Penal europeu – abrangendo este tanto o Direito Penal supranacional da União Europeia e do Conselho da Europa quanto o Direito Penal nacional europeizado sob determinação do Direito Sancionatório -, ver:: SIEBER, Ulrich. O Futuro do Direito Penal

forma mediata, a busca de uma uniformização dos diversos e conflitantes institutos de cooperação penal internacional. Necessário empreender, a partir de tal constatação, um juízo crítico entrecruzado entre as previsões normativas de cooperação penal dos aludidos países, de modo a justificar a proposição de criação de um novo mecanismo de persecução penal internacional operada de forma conjunta.

Inicialmente, como se percebe, não existe, nos EUA, uma lei de assistência judiciária mútua como no Canadá e em países europeus, sendo a matéria tratada caso a caso, segundo os instrumentos firmados com outros Estados ou entendimentos dos Juízos estadunidenses. Como no Brasil, a ausência de uma lei específica faz com que os pedidos sejam processados consoante as disposições da legislação interna e dos tratados, acordos e convenções respectivos, dificultando, pela fragmentariedade das previsões, uma cooperação uniforme e efetiva. Somando dificuldades em relação à intervenção judicial no processo de extradição norte-americano, trecho da conclusão de curto manual acerca de extradição dispõe que, na maioria dos casos, o papel do juiz em um processo de extradição se limita a garantir que o pedido de extradição seja julgado em conformidade com a legislação dos Estados Unidos e do tratado aplicável<sup>568</sup>.

As dificuldades com os mecanismos cooperativos norte-americanos não são diferentes da imensa maioria dos países. Quanto à aproximação com outros sistemas

---

européu – Uma nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu, In: “Que futuro para o direito processual penal?”, Coimbra Editora, 2009, p. 462. Tratando, em contraponto, de uma perspectiva otimista de formação de um direito penal europeu: GRASSO, Giovanni. *La formazioni di un diritto penale dell'Unione Europea, Prospettive di un diritto penale europeu, Atti del seminario organizzato del Centro di diritto penale europeo Catania*, março de 1997, Catania, Dott. A. Giuffrè Editore, 1997, p. 34.

<sup>568</sup> Disponível em: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/international-extradition-guide-hedges-fjc-/\\$file/international-extradition-guide-hedges-fjc-2014.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/international-extradition-guide-hedges-fjc-/$file/international-extradition-guide-hedges-fjc-2014.pdf). Acesso em: 21 ago. 2015. Especialmente em relação à extradição para os EUA, devido ao federalismo de modelo estadunidense e à particularidade de somente o Governo Central (Federal) poder lidar por meio das disposições de tratados e negociações internacionais com vias à extradição, podem ocorrer situações que inviabilizem a cooperação efetiva. Um exemplo comum é o de que o Governo Federal assumo o compromisso perante o Estado requerido de comutar eventual pena de morte em pena privativa de liberdade, compromisso este que, todavia não o vinculando, não vem a ser aceito pelo Estado Federativo com competência sobre o caso e, em consequência, desfaz toda a teia de cooperação, impedindo a extradição. No caso, têm-se admitido compromissos de Estados Federativos com o Estado Central, que são repassados ao Estado requerido em conjunto com o compromisso de comutação do Estado central, para que a extradição seja viabilizada. As extradições para os EUA costumam sofrer problemas, seja pelas dificuldades para comutação de pena de morte dentro de seu modelo federativo, seja por retaliação, revanchismo ou mesmo *antiamericanismo* e *anti-imperialismo* que despertam a sua postura hegemônica e seu *status* de superpotência global. Ver nesse sentido: <http://www.refworld.org/pdfid/4716146a1a.pdf>. Acesso em: 21/08/2015; <http://casestudies.Law.harvard.edu/the-wikileaks-incident-background-details-and-resources/>. Acesso em: 21 ago 2015; [http://www.nola.com/politics/index.ssf/2014/08/russia\\_grants\\_edward\\_snowden\\_r.html](http://www.nola.com/politics/index.ssf/2014/08/russia_grants_edward_snowden_r.html) e <http://www.thelocal.de/20150319/us-threatened-germany-over-snowden-asylum-claim>, sobre pressão dos EUA sobre a Alemanha para não concessão de asilo. Acesso em: 21 ago.2015.

jurídicos nacionais, talvez em consequência da escolha por um modelo globalizante de política, economia e cultura, a própria jurisprudência dos tribunais norte-americanos tem-se valido não só de suas normas internas ou de seus próprios precedentes jurisprudenciais (fundamento jurídico evidentemente mais comum por sua tradição insular), mas inclusive das fontes jurisprudenciais estrangeiras, especialmente a dos países europeus e o dos Estados ligados à família jurídica da *Common Law* <sup>569</sup>. Ao se analisar a maioria desses julgamentos, apesar de ficar claro que a busca interpretativa tem em vista sempre as normas, especialmente, a Constituição americana, e, principalmente, a jurisprudência dos próprios tribunais americanos, é perceptível que os tribunais norte-americanos passaram a enxergar, na comparação com a jurisprudência estrangeira, um amplo campo de fontes de precedentes para o enfrentamento de questões jurídicas afins. Há muito tempo, no direito norte-americano, a comparação de direitos tem ocupado ponto de destaque no Judiciário constitucional, tendo passado por um forte período de amadurecimento na época do chamado “constitucionalismo repulsivo” (“*aversive constitutionalism*”) <sup>570</sup>.

Também o Reino Unido possui um conjunto normativo disperso por uma série de textos legislativos - muitos datados dos idos século XII - além de um histórico jurisprudencial copioso e longínquo, sem nenhum tipo de categorização ou sistematização, tanto no plano normativo quanto jurisprudencial. Seus diversos princípios fundamentais, não só na área jurídico-criminal (Direito Penal e Direito Processual Penal) como também no plano constitucional, não estão metodicamente escritos em um único texto normativo, estando ausentes, no sistema inglês, os códigos penal e processual penal, bem como a

---

<sup>569</sup> FERRARI, Giuseppe Franco. *La comparazione giuridica nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d'America*, In: FERRARI, Giuseppe Franco; GAMBARO, Antonio (Orgs.). *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

<sup>570</sup> O conceito de “*aversive constitutionalism*” é atribuído a Sherpelle (SHEPPELE, Kim Lane. *Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-constitutional Influence through Negative Models*. *ICON*, v. 296, n. 1, 2003). Como explica Cardoso, “nas décadas de 1940 e 1950, o país foi diretamente confrontado às teorias e práticas da Alemanha nazista e da União Soviética. Assim, o anseio voluntarista de articular normas capazes de frontalmente distinguir os usos e as práticas do país daqueles modelos totalitaristas em voga na Europa contribuiu para um longo percurso liberal da Suprema Corte, o que ajudou a fortalecer, inclusive, os direitos e as liberdades civis, mormente no campo penal”. Referindo-se ao caso *Roper VS. Simon*, em 2005, o mesmo autor, trazendo um outro exemplo de utilização dos precedentes jurisprudenciais estrangeiros no direito americano, exemplifica que a jurisprudência “proibiu a pena capital aos menores de 18 anos, com fulcro na maturação da noção dos ‘*standards of decency*’, presente na sociedade norte-americana, nas literaturas psicológica e criminológica, estas a demonstravam a ineficácia da medida. Ocorre que foram jungidas à decisão inúmeras legislações e jurisprudência estrangeiras, bem como normas de direito internacional, com o fito de demonstrar que a prática não se coadunava com a experiência comum no mundo, bem como que ela se mostrava contrária aos próprios valores culturais nacionais” (CARDOSO, *Gustavo Vitorino*. *O Direito Comparado na Jurisdição Constitucional*, Revista Direito GV. São Paulo: jul./dez. 2010, 6 (2) p. 474).

Constituição escrita, textos esses imprescindíveis no ordenamento jurídico de países da família romano-germânica, inclusive em alguns países signatários do regime da *Common Law*.

Essa falta de relação conjuntural e o caráter desuniforme das peças teóricas que compõem o ordenamento jurídico inglês, além de diversas outras diferenças que foram descritas na pesquisa constante do anexo desta Tese, torna dificultoso o estabelecimento de correspondências simétricas com os países do Direito continental e, evidentemente, a profunda distinção do Direito inglês com os sistemas desses países<sup>571</sup>. O Reino Unido é membro da União Europeia, mas não aderiu ao Tratado de Schengen de livre circulação de pessoas, portanto, não está tão integrado ao sistema de cooperação que se tem implementado na área Schengen. Em regra, a cooperação jurídica entre o Reino Unido, os EUA e o Canadá parece ser mais ágil ou efetiva do que a prestada entre Reino Unido e Europa continental. Tal se justifica, em larga medida, por serem todos os Estados do primeiro grupo majoritariamente de tradições políticas, jurídicas e administrativas que se têm por típicas de *Common Law*, o que facilita o reconhecimento recíproco de processos e a compreensão do ambiente processual penal, especialmente da condução dos julgamentos (papéis de partes e juízes) e das provas.

Essa identificação e aproximação divergem bastante da postura que os britânicos mantêm em relação à Europa continental, que não compartilha sua língua nem tradição jurídica. Esse afastamento se evidencia, principalmente, pelo que se costuma chamar *euroceticismo* britânico, traduzido, na mais ampla margem, em sua negativa de aderir à moeda única continental, em sua negativa a constituir uma área de livre circulação de pessoas com a Europa continental e em recente decisão de saída da União Europeia. Embora o atendimento dos pressupostos legais enseje o acatamento e implementação do pedido de assistência judicial mútua no Reino Unido, as autoridades centrais têm larga margem de discricionariedade para recusá-los, postura compatível com a construção de um ambiente de ampla cooperação. A análise descritiva constante do anexo deixa evidenciada

---

<sup>571</sup> O curioso é que a história e a civilização inglesas dividem com os países do continente alguns elementos comuns nas mais diversas áreas: a língua inglesa é de origem germânica continental (com acréscimos da língua francesa e latina), sua história religiosa está uniformemente ligada ao desenvolvimento geral da história europeia, e suas instituições políticas também têm evolução uníssona com as dos demais países do continente europeu, nesse aspecto, a monarquia e o parlamentarismo não têm origem inglesa nem foram exclusivamente ingleses em tempos posteriores. Ainda assim, seu sistema jurídico é bem particular e, nesse ponto, nas palavras de Caenegem: “não prevalecem meias-medidas: as diferenças são fundamentais” (VAN CAENEGEM, R. C. Juízes, Legisladores e Professores. (Coletânea Teoria e Filosofia do Direito). Rio de Janeiro: Ed. Campur Jurídico, Elsevier, 2010, p. 2).

as dificuldades e as longas exigências com os mecanismos cooperativos britânicos, não sendo isso, nesse aspecto, diferente da imensa maioria dos países, tão poucos dos outros cinco países analisados<sup>572</sup>.

Dificultando a inter-relação com os mecanismos de cooperação penal de outros países, o sistema criminal inglês foi evoluindo lentamente ao longo dos séculos sem um planejamento consciente e ordenado de suas regras, institutos e estrutura, tendo, entretanto, nas últimas duas décadas, recebido reformas e atualizações específicas<sup>573</sup>. De um modo geral, no Direito Penal inglês, há menos teoria e nenhuma codificação, e sua história é principalmente uma série de mudanças aleatórias, geralmente, no sentido de acrescentar novos crimes dolosos ao catálogo existente. Não há, diferentemente do Direito Penal continental, nenhum desenvolvimento doutrinal nem códigos, mas alterações legislativas desordenadas, muitas vezes, cancelando-se mutuamente<sup>574</sup>. Seu sistema processual é, como usual no sistema anglo-saxão, adversarial, tendo este, entretanto, sido mitigado pela vigência de sua nova legislação processual civil de 1999, a qual aumentou, de modo considerável, os poderes do juiz da condução do processo (*judicial case management*)<sup>575</sup>.

No Reino Unido, como em Portugal e Alemanha, vale o Mandado de Detenção Europeu emitido por qualquer membro da União Europeia, com o fim de viabilizar condução processual (não mera investigação) ou cumprimento de sentença. O Mandado de Detenção Europeu foi criado para substituir a extradição tradicional, portanto, é tratado como pedido de extradição entre membros da EU, com tratamento simplificado e diferenciado<sup>576</sup>. Entretanto, o sistema europeu de cooperação via mandado de detenção

---

<sup>572</sup> Os pedidos de extradição formulados por outros Estados ao Reino Unido são submetidos apenas a dois graus de decisão, quais sejam: o Secretário de Estado e o âmbito judicial.

<sup>573</sup> Como exemplo paradigmático dessas recentes reformas, cite-se a Lei de Direitos Humanos (*Human Rights Acts*) de 1988, a qual incorporou ao ordenamento britânico a maior parte do conteúdo normativo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (SPENCER, J.R. *Processos Penais Europeus, O Sistema Inglês*, (Org.) Mirelle Delmas-Marty. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris editora, 2005, p.245-246).

<sup>574</sup> VAN CAENEGEM, R. C. Juízes, Legisladores e Professores. Coletânea Teoria e Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Ed. Campus Jurídico, Elsevier. 2010, p. 23.

<sup>575</sup> JOLOWICZ, J. A. *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure. In International and Comparative Law Quarterly*, Oxford, v. 52, 2003, p. 281-295; JOLOWICZ, J. A., A reforma do processo civil inglês: uma derrogação ao adversarial system. In: *Revista de Processo*. n. 75, São Paulo, 1999, p. 64.

<sup>576</sup> Tendo em vista a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo, a Decisão-Quadro de 13 de junho de 2002, a qual tratou do mandado de detenção europeu, acabou com o processo de extradição entre os Estados-Membros da União Europeia, substituindo as convenções aplicáveis em matéria de extradição nas relações entre os Estados-Membros, sem prejuízo da sua aplicação nas relações entre esses Estados e Estados terceiros e dos acordos ou convênios bilaterais ou multilaterais concluídos entre Estados-Membros.

européu, mostra incongruências que merecem ser sanadas. Assim é que, por exemplo, o mandado de detenção europeu abriu mão do requisito da dupla incriminação, abolindo-o para a entrega de pessoas e, de forma absolutamente incoerente, ainda o exige para o traslado de provas ou congelamento de bens<sup>577</sup>.

Ademais, o regime do mandado de detenção europeu não pressupõe, necessariamente, a harmonização entre os sistemas jurídicos dos Estado-Membros em relação aos crimes em face dos quais se pretende vê-lo operar, baseando-se exclusivamente no reconhecimento mútuo que, por sua vez, fica apenas formalmente ancorado na confiança mútua entre os países<sup>578</sup>. No mandado de detenção europeu, o princípio do reconhecimento mútuo visa a assegurar a execução das decisões judiciais estrangeiras de forma a mais automática e mais direta possível, tendo as decisões estrangeiras efeito pleno, automático e direto, independentemente da similitude dos tipos penais previstos em seus ordenamentos<sup>579</sup>. Isso significa, em teoria, que uma medida penal qualquer ordenada em Portugal teria de ser cumprida na Alemanha, ainda que, segundo o direito alemão, não se pudesse agir com base nesses pressupostos – por exemplo, porque a medida podia ser imposta sem reserva judicial ou porque o fato nem sequer é criminoso segundo o direito penal alemão (abolição da dupla incriminação)<sup>580</sup>. A transposição desse princípio, cuja

---

(RODRIGUES, Anabela Miranda. O Mandado de detenção europeu: na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto? Coimbra: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 13, n.1, jan./mar. 2003, p. 38).

<sup>577</sup> Desse modo, segundo Anabela Rodrigues, conforme ironicamente já foi observado, “parece que é mais fácil admitir a entrega de uma pessoa por causa de uma infração, do que das provas para o seu processo ou congelamento de seus bens – uma pessoa seria mais fácil de obter do que sua fotografia” (RODRIGUES, Anabela Miranda. O Mandado de detenção europeu: na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?. *RPCC*, ano 13, n.1. Coimbra:, Jan. - Mar. 2003, p. 55).

<sup>578</sup> Nesse contexto, entende-se que também não poder-se-ia operar um instituto comum de cooperação jurídica internacional antes de uma harmonização mínima entre os ordenamentos jurídicos, como faz o mandado de detenção europeu, que reconhece mutuamente e de forma descriteriosa as legislações envolvidas sem a devida aproximação e, pois, sem a adequada confiança. O desenvolvimento de uma aproximação entre os ordenamentos permitiria uma elevação do grau de confiança entre as autoridades judiciais partes na cooperação penal, mantendo-se, conforme visto anteriormente na presente Tese, um certo grau de generalidade de acordo com as tradições e regras do sistema penal processual e, sobretudo, material de cada Estado-Membro.

<sup>579</sup> WEYEMBERGH, Anne, *L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans le espace penal européen, Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruylant, 2002, p. 153. Assim, através da técnica do reconhecimento mútuo, um Estado aceita, como vinculantes para si próprio, o valor de disposições legislativas de outro Estado, passando a atribuir força de lei interna a leis de outros Estados. Nesse caso, uma decisão judicial tomada num Estado-Membro terá, por si só, força jurídica típica plena nos outros Estados-Membros, desviando a dinâmica tradicional de relação entre os Estados, segundo o qual o que vigora, em cada qual, as suas próprias normas.

<sup>580</sup> Com o Mandado de detenção europeu, deixou de existir para alguns crimes a necessidade de dupla incriminação. De acordo com este princípio, o reconhecimento de decisões judiciais na área penal deve pressupor que o ilícito seja considerado crime tanto pelo estado requerente, quanto pelo estado requerido.

origem é o campo da livre circulação de mercadorias, para o direito penal e processual penal, significa que, da mesma forma que as mercadorias são produzidas no país em que os custos de produção são mais reduzidos (por exemplo, mão de obra mais barata) e vendidas onde elas podem alcançar o melhor preço, punições poderiam ser obtidas segundo o direito penal material mais punitivo e o direito processual penal mais repressivo<sup>581</sup>.

Não se percebe como pode haver uma completa confiança mútua entre os países, se sequer o enquadramento típico de suas condutas possui um grau mínimo de harmonização, de modo que o mandado de detenção europeu, na verdade, embora formalmente baseado no reconhecimento mútuo, camufla-se nas vestes deste instituto, sem estar materialmente disposto em uma situação de real confiança entre os países<sup>582</sup>, fato que só adviria através da harmonização mínima de algumas de suas normas<sup>583</sup>, em especial as de previsão típica de crimes com dimensão transfronteiriça. Dando mostras dessa mesma linha argumentativa, Anabela discorre no sentido de que a confiança mútua no mandado de detenção europeu revela-se problemática, desde logo, quando se coloca o problema de ela se dever impor, apesar das divergências, por vezes muito profundas, entre os sistemas jurídicos penais dos diferentes Estados, de modo que “o reconhecimento mútuo não é (não

---

Esse princípio não mais se aplica a 32 tipos penais. A mitigação da dupla incriminação é vista com grande ceticismo por alguns Estados-Membros, que têm demonstrado grande preocupação em ver seus cidadãos serem incriminados por ilícitos inexistentes em seu sistema (Nesse sentido: BORGES, Talitha Viegas. *Cooperação Penal na União Européia*. R. Fac. Dir. Univ. SP v. 105, jan./dez. 2001, p. 1158). A previsão cria, sem dúvida, uma abertura para o excesso punitivo do Estado e um ambiente de maior recrudescimento da situação do réu, que poderia submeter-se, illogicamente, a um processo penal por fato considerado atípico em um dos países e, inclusive, no seu próprio país. Saliente-se, nesse ponto, que, para fins de exercício de jurisdição extraterritorial, há incisiva opinião de Caeiro, no sentido de que a derrogação da dupla incriminação é “contrária ao direito internacional” (CAEIRO, Pedro. “A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais”. In CORREIA, F. Alves; MACHADO, Jónatas E.M.; LOUREIRO, João Carlos, org. – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Coimbra : Coimbra Editora, 2012, p. 209).

<sup>581</sup> GRECO, Luís. Bernd Shunemann, penalista e professor. In SCHUNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pond, 2013, p. 17. Em seu Projeto Alternativo sobre a Persecução Penal Europeia, Shunemann advoga, como ideia central, a rejeição do princípio do reconhecimento mútuo (SHÜNEMANN, Bernd, *Proyecto alternativo de persecución penal europea*, Madrid: Dykinson, 2007, p. 15).

<sup>582</sup> Em severa crítica ao referido instituto, Satzger assevera: “o modelo dominante hoje na UE é orientado pelo princípio do reconhecimento mútuo, segundo o qual, simplificada e, todos os países europeus seriam estados de direito suficientemente bons, de modo que o que for decidido em um desses países deve ser cumprido, sem reexame, pelos demais países. (SATZGER, Helmut. A europeização do direito penal. A influência do direito da União Europeia no ordenamento jurídico-penal nacional dos estados membros. in *Desenvolvimentos atuais das ciencias criminais na Alemanha*, Gazeta Jurídica, Brasília, 2013, p. 273).

<sup>583</sup> Esse é, aliás, o direcionamento dado pelo Tratado da União Europeia que, em seu art. 82, n. 2, prevê a possibilidade da emissão de *regras mínimas*, na medida em que “seja necessário para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça” (mesma redação do primeiro parágrafo do nº 2 do art. III-270º do TC).

deve ser) realizável sem harmonização<sup>584</sup>. Quanto a esse aspecto, aliás, chega-se a afirmar que uma “confiança cega” leva a efeitos contrários, de verdadeira desproteção das pessoas<sup>585</sup> e que a opção pelo reconhecimento múto, feita na decisão quadro sobre o mandado de detenção europeu resulta atualmente em um ônus máximo sobre a pessoa arguida, e para o qual não existe, até o momento, nenhuma compensação<sup>586</sup>.

A Assistência Judicial Mútua - *Mutual Legal Assistance (MLAT)*- é um método de cooperação entre Estados, com o fim de obter assistência para investigação ou processamento criminais que pode envolver cooperação administrativa ou judicial e, no Reino Unido, tem por base o *Crime International Co-operation Act 2003 (CICA)*<sup>587</sup>, a partir do qual os pedidos são formulados por meio de cartas. Nas jurisdições de *Civil Law*, elas também podem ser referidas como cartas rogatórias, embora ocorra a assistência judicial mútua por outras vias menos burocráticas. A assistência legal mútua pode ser utilizada para obtenção de assistência em investigações acerca dos produtos do crime, inclusive para seu congelamento e confisco<sup>588</sup>. Referido mecanismo de cooperação, entretanto, destinam-se à persecução penal especialmente aos promotores e órgãos de investigação, não sendo, no entanto, sequer disponibilizado à defesa, nem quando feita por defensor público<sup>589</sup>, indo contra a tendência contemporânea de transformar os indivíduos em sujeito e não apenas em objeto dos tratados<sup>590</sup>.

---

<sup>584</sup> A autora conclui: “A confiança no terreno não se decreta (...) É irrealista pensar que as autoridades judiciárias darão execução ao princípio do reconhecimento múto sem que se verifique, ao mesmo tempo, uma redução das divergências entre as legislações penais” (RODRIGUES, Anabela Miranda. - O Mandado de detenção europeu: na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 13, n.1, jan./mar. 2003, p. 39).

<sup>585</sup> WEYEMBERGH, Anne. *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions'* (2005) 42 *Common Market Law Review*, Issue 5, p.144.

<sup>586</sup> SCHUNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. *In RBCC* 90, 2011, p. 194.

<sup>587</sup> Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/32/contents>. Acesso em: 19 set. 2015.

<sup>588</sup> Quanto ao pressuposto da dupla incriminação, não é, de regra, adotado pelo Reino Unido. Ele é exigido, entretanto, para buscas e apreensões, ordens de exibição (*production orders*) e de bloqueio e confisco. No caso, a dupla incriminação se avalia por base aproximada, considerando mais o conteúdo das descrições delitivas do que suas designações típicas.

<sup>589</sup> Nessa esteira, os Estados Unidos não aceitam inquirição de testemunhas de defesa por meio de rogatórias (Nos EUA, *US Code, Title 18, Part 1, Chapter 79*). Acrescente-se que os Estados Unidos subscrevem esse modelo de tratado de cooperação com 71 países (entre eles, Brasil e Portugal) e 5 territórios britânicos. Tais instrumentos dizem respeito à fase de ação penal, investigação, inquérito, prevenção de crimes e demais procedimentos, cujos atos serão praticados “ainda que o fato não seja punível na legislação de ambos os Estados” (supressão da regra de dupla-incriminação) (ESTADOS UNIDOS “US Department of State Foreign Affairs Manual Volume 7” – Consular Affairs – 7 FAM 960).

<sup>590</sup> ZAGARIS, Bruce. *U.S. – Brazil and International Evidence Gathering: The Need for Better Procedural Due Process*. Paper do 18 Seminário do IBCCRIM, 31 de agosto de 2012, p. 16.



Em análise ao sistema alemão, desde as remotas decisões da Corte Imperial Germânica, enfatiza-se a disciplina interpretativa dos Tratados Internacionais de Cooperação Penal e Processual Penal a partir da condução do procedimento sempre sob a ótica dos Estados contratantes<sup>591</sup>, definindo direitos e obrigações através dos quais os Estados, por exemplo, estavam ou não compelidos a aceitar os pedidos extradicionais uns dos outros<sup>592</sup>. Esse cenário jurídico não se modificou com a entrada em vigor da Lei Alemã de Extradicação de 1930, tendo o instituto da extradicação continuado a ser regulado sob a ótica exclusivamente obrigacional dos países assinantes dos tratados, e o acusado envolvido no processo de extradicação permaneceu, essencialmente, como objeto, e não sujeito dos procedimentos. O Tribunal Federal de Apelação<sup>593</sup> e o Tribunal Federal Constitucional<sup>594</sup>, mesmo sob os auspícios da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, continuaram assimilando o entendimento, por muito tempo, defendido pelo Tribunal Imperial, no sentido de não garantir direito subjetivo aos acusados que estejam envolvidos nos procedimentos de cooperação entre os Estados<sup>595</sup>.

---

<sup>591</sup> A Corte deixou clara essa regra, ao descrever: “*As objects of extradition, extradited parties may neither derive rights from the extraditory agreements nor challenge the legality of their extradition unless such a right has been explicitly granted to them. Even though extradition takes place on account of an offence not proved for in the agreement, the accused may not contest it*” (*Penal Decisions of the Imperial Courts of Justice*, vol. 70, pp. 286 e 287, *Juristische Wochenschrift*, 1936, p. 3198).

<sup>592</sup> VOGLER, Theo, The Protection of Human Rights in Internacional Cooperation in Criminal Proceedings, Justus-Liebig-Universitat, Giessen, in *International Review of Penal Law, The Regionalization of International Criminal Law and Protection of Human Rights in International Cooperation in Criminal Proceedings, Preparatory Colloquium, Section IV*, Helsinki, Filândia, 2-6 de setembro de 1992, Association Internationale de Droit Penale, 65<sup>o</sup> anée – nouvelle série, 1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup> trimestres de 1994, Èrès, p. 311).

<sup>593</sup> Esta Corte decidiu que “*is not the purpose of extradition agreements to grant an offender who has been able to flee abroad a legal status that would impede this prosecution*” (*Penal Decisions of the Federal Court of Justice*, v. 18, p. 218 e 220). Segundo os precedentes do Tribunal, o posicionamento extraído do ordenamento jurídico alemão segue a linha que defende que, mesmo nos tratados internacionais de extradicação em que se criam direitos e obrigações, tais diretivas referem-se apenas aos Estados-partes contratantes. Conforme já decidiu a Corte, “*the extradited party may not personally invoke the treaty*” (*Penal Decisions of the Federal Court of Justice*, v. 22, p. 307 e 309; v.30, p. 347 e 349).

<sup>594</sup> Quanto a tais conclusões, ver: os seguintes julgados: *Federal Constitutional Court Decisions*, v. 46, p. 214 e 220, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1977, p. 2355 e *Federal Constitutional Court Decisions*, vol. 57, p. 09 e 18, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1988, p. 1155. A doutrina também segue os parâmetros expostos pela Suprema Corte Alemã, vide: BERBER, *Volkerrecht (International Law)*, v. I, 1975, p. 170 e seguintes, v. III, 1977, p. 19-20.

<sup>595</sup> Acrescente-se, também, que a preponderância institucional do Poder Legislativo em face do Poder Judiciário, marca do sistema britânico, é uma realidade completamente distinta da ocorrida no Direito Alemão, em que, contrariamente, percebe-se um – até de certo modo – preocupante fortalecimento político da Suprema Corte Alemã. Nesse sentido, Martins pondera: “...mesmo em um sistema parlamentarista de governo, como é o alemão, muito se fala no relacionamento entre legislador e o TCF, não somente no sentido de limitar o poder deste (de desconstituição do ato normativo) em face daquele, mas também devido à aludida transferência problemática do ônus da decisão eminentemente política para a esfera da competência do tribunal, como forma de ‘compensação de déficits de decisões parlamentares pelo TCF’. Nesse contexto, fala-se no risco do ‘Estado Jurisdicional’ (jurisdiktionsstaat) e da ‘juridicização da política’ (*Verrechtlichung, Juridifizierung oder Justizialisierung der Politik*), um problema típico de uma sociedade cujo sistema

O Tribunal Federal Constitucional, seguindo as premissas já decididas pelo Tribunal Imperial e, contemporaneamente, pelo Tribunal Federal, também assentou a regra de que os tratados de extradição criam direitos e obrigações tão somente para os Estados pactuantes, apenas esclarecendo, por motivos óbvios, que, se, eventualmente, um determinado tratado estabelecer direitos subjetivos para o particular acusado, essa regra deve ser preservada. Assim, apenas esclarecendo a observação, a Corte não exclui a possibilidade de previsões específicas contidas no tratado que estabeleçam e garantam certos direitos subjetivos para os indivíduos sob processo extradicional, apenas endossa o princípio de que os tratados de extradição, quando do estabelecimento das regras e mecanismos de extradição, criam direitos e obrigações apenas para os Estados-partes signatários.

A mesma linha restritiva de direitos subjetivos dos acusados sob regime de extradição é consignada, no ordenamento jurídico alemão, no que tange à transferência internacional de pessoas sentenciadas, a partir da compreensão das regras contidas na Convenção Relativa à Transferência de Pessoas Condenadas, de 21 de março de 1983. Segundo se pode extrair das próprias normas e previsões contidas na referida convenção, a pessoa condenada não tem o direito subjetivo de ver aplicados os termos e preceitos convencionais, já que, entre as condições enumeradas para o deferimento do pedido de transferência, está a concordância do Estado de condenação e do Estado de execução. Uma consequência prática de tal vedação exsurge exatamente nos já mencionados casos de extradição, eis que o acusado que responde a processo de extradição não pode, para livrar-se do mesmo, compelir o Estado a transferi-lo com base na Convenção citada, já que a convenção não cria um direito de transferência, nem para os Estados-partes (já que, para a transferência, há de se perquirir quanto à vontade do sentenciado) nem para o condenado, por depender também do consentimento dos Estados envolvidos<sup>596</sup>. Assim, conforme

---

jurídico alcançou um tal grau de diferenciação (*Ausdifferenzierung des Rechtssystems*) que a ameaça aqui é a hipertrofia sufocante do sistema jurídico sobre o sistema político e não o contrário, como acontece em boa parte dos Estados contemporâneos, mesmo em Estados desenvolvidos. A consequência é talvez que o TCF tenha avocado, sim, muita responsabilidade para si, invadindo a esfera do legislador de uma forma positiva, ou seja, não por meio do tradicional instrumento da cassação, mas da criação de pautas positivas da atividade legiferante” (MARTINS, Leonardo. Direito Processual Constitucional Alemão/ Leonardo Martins. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1-2).

<sup>596</sup> Quanto a esse ponto de interpretação, o Governo alemão fez questão de deixar claro que “*interprets the Convention as creating rights and obligations between contracting parties only and as not giving rise to any entitlements or subjective rights for sentenced persons, nor as implying that any such entitlements or rights should be created*” (Memorial do Governo Federal Alemão na Convenção Relativa à Transferência de Pessoas Condenadas, Bundestag-Document, no. 12/194, p.18).

conclusão da Comissão de Prevenção do Crime e Justiça Criminal, a exemplo de diversos outros países, os requisitos cooperativos no sistema jurídico alemão também são bastante extensos e burocráticos<sup>597</sup>.

Também no sistema jurídico português, os requisitos, limites e condicionamentos para a efetivação dos mecanismos de cooperação penal internacional são muitos e variados, conforme se podem perceber em uma simples análise da disciplina normativa interna e internacional do instrumento cooperativo paradigma da extradição. A análise da lei e dos diversos acordos bilaterais assumidos pelo Estado português, além daqueles que o mesmo também subsumiu, por fazer parte do contorno normativo da União Europeia, deixa perceptível que o rito cooperativo do sistema ainda envolve formalidades e etapas de viés tradicionalista, ainda incompatíveis com o dinamismo e a crescente circulação de leis e de pessoas da sociedade moderna e, especialmente, com o movimento de integração dos sistemas jurídicos, não havendo motivo relevante que justifique que o pedido fique sob o crivo de dois graus de jurisdição (incluindo a Corte Superior<sup>598</sup>) e de dois Poderes da República (autoridade central e Ministério da Justiça, pela parte do Executivo – sendo, também aqui, duas fases de processamento<sup>599</sup>-, e Tribunal de Relação, no que toca ao Judiciário).

Restam nítidos ainda os muitos condicionamentos e etapas para o tratamento da cooperação jurídica internacional em território português, conforme se pode perceber pela extensa lista de hipóteses de recusa, denegação facultativa, não admissibilidade por extinção e requisitos contidos na Lei 144/99. Tais barreiras atravancam não apenas os procedimentos solicitados por países estrangeiros a Portugal, especialmente aqueles localizados fora do espaço Schengen, mas, de igual modo, também as solicitações feitas pelo país. Nesse sentido, diz-se que o grande entrave em relação a todos os países exteriores ao espaço Schengen é que as negociações com base em acordos bilaterais ou promessas de reciprocidade, nem sempre, levam à operabilidade da cooperação, uma vez

---

<sup>597</sup> *Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, Twentieth session, Vienna, 11-15 April 2011, Requesting mutual legal assistance in criminal matters from G8 countries: A step-by-step guide*, Disponível em: [http://www.coe.int/T/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC\\_documents/8\\_MLA%20step-by-step\\_CN152011\\_CRP.6\\_eV1182196.pdf](http://www.coe.int/T/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC_documents/8_MLA%20step-by-step_CN152011_CRP.6_eV1182196.pdf), acesso em 25/08/2015.

<sup>598</sup> Deve-se observar que a concentração de cooperação judicial em tribunais superiores, necessariamente, já é um vetor contrário à celeridade do alcance da cooperação, uma vez que, normalmente, essas cortes têm acúmulo de processos em quantidade elevada.

<sup>599</sup> A autoridade central portuguesa para as cooperações reguladas pela lei em comento, salvo acordo diverso, será o Procurador-Geral da República, encarregado de submeter o pedido respectivo à apreciação do Ministro da Justiça (art. 21). A decisão de admissão do pedido pelo Ministro da Justiça não vincula a autoridade judiciária que em seguida venha a apreciá-lo (art. 24).

que cada país segue a sua legislação (o tratado mais cria compromissos dentro do contexto normativo vigente do que altera mecanismos legais existentes), de regra, bem mais burocrática que as normas de um espaço fundamentalmente lastreado na confiança e na cooperação mútuas, como é o Schengen<sup>600 601</sup>.

Veja-se, apenas a título exemplificativo, que, no caso da Resolução da Assembleia da República n.º 46/2008, que aprova a Convenção de Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, assinada na Cidade da Praia, em 23 de novembro de 2005, a lista de requisitos para a o pedido de auxílio é incoerentemente mais extensa que a prevista na norma interna da Lei 114/1999, muito embora o primeiro diploma internacional tenha sido firmado mais de seis anos depois dessa norma nacional e, por motivos óbvios, deveria ter sua dinâmica, de algum modo, facilitada. Tal dificuldade é patentemente maior, por óbvio, no que se refere a países sem tratados de extradição, auxílio mútuo ou de outro viés cooperativo.

Percebe-se, portanto, especialmente partindo de uma linha de comparação com os demais sistemas jurídicos, que a legislação infraconstitucional e também o próprio texto constitucional português carecem de alguns apontamentos no âmbito da cooperação penal internacional. Desse modo, de forma mais urgente, merece a Constituição portuguesa acréscimos normativos referentes à adequação do Estado Português aos novos contornos

---

<sup>600</sup> A tradição jurídica portuguesa é de *Civil Law*, de características ibéricas, com traços de maior presença estatal e burocracia que Estados centro-europeus ou norte-europeus. A burocracia e a cultura lusa de cartorização têm sido gradualmente amenizadas, num esforço português para modernização e padronização no âmbito da UE, embora ainda esteja longe de estruturas mais dinâmicas, como as da Alemanha, conforme ilustrado em: ARAÚJO, Joaquim. *Improving Public Service Delivery: The Crossroads Between Agencification and Traditional Bureaucracy*. In *Public Administration*, 2001, n. 4, v. 79, p. 915. A proximidade histórica entre Brasil e Portugal tem sido convertida em um relativamente bom grau de cooperação penal entre ambos, facilitada, curiosamente, pela existência de certa marca burocrática e cartorária que facilita a adequação com vista ao processamento e atendimento dos pedidos, além do idioma comum (KAHN-FREUND, Otto. 'On Uses and Misuses of Comparative Law', 37 *Mod Ed. Rev.*, 1974, p. 1-7, 11-13 e MONATERI, Pier Giuseppe. *The 'Weak Law': Contaminations and Legal Cultures - Borrowing of Legal and Political Forms*-. Disponível em: <http://www.alanwatson.org/PGMonateri.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015).

<sup>601</sup> Segundo a Polícia Judiciária Portuguesa, há 191 regiões no mundo com as quais Portugal não tem qualquer relação de cooperação policial ou judicial e, mesmo em relação aos países com os quais tem acordos de extradição, estes são mais limitados e mais rígidos que os instrumentos vanguardistas, abrangentes e céleres do âmbito da área de livre circulação de pessoas Schengen. Informação obtida no sítio da Ordem dos Advogados. Disponível através do link [http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?sidc=64657&idc=1365&idsc=31624&ida=1075](http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=64657&idc=1365&idsc=31624&ida=1075) 11. Acesso em: 20 ago. 2015.

desenhados pelo direito internacional, mais principalmente no que tange a previsões normativas relacionadas à cooperação jurídica internacional<sup>602</sup>.

O sistema jurídico brasileiro sustenta-se, no âmbito da cooperação penal internacional, nos mecanismos cooperativos mais tradicionais, sendo os pressupostos para que o Brasil atenda a um pedido de cooperação bastante extensos e não coincidentes com o Direito do Ocidente e dos países democráticos, bem assim como com a grande parte das leis internas de diversas nações da América e da Europa e com importantes convenções internacionais sobre o tema<sup>603</sup>. No Brasil, embora se reconheça a demora interna para se obter um *exequatur* e para ulitimação da providência rogada em si, não se percebe movimento robusto do Judiciário, do Executivo ou do Legislativo em incentivar outras vias de cooperação para a obtenção de depoimentos testemunhais, perícias judiciais, exibição de provas, entre outras medidas. No sistema jurídico brasileiro, ainda se trata de instrumento atrelado à ideia de soberania anterior aos movimentos da globalização mais moderna, conforme vê-se na Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, que trata de atribuir peso maior à soberania do que à cooperação pretendida propriamente. Assim, mesmo num ambiente relativamente pacífico, como a América, não se cria nenhum instrumento de maior confiança recíproca, tratando-se a referida Convenção, enfim, de um mero descritivo de normas e pressupostos formais e materiais tendentes à uniformização.

Além do necessário trâmite prévio para concessão de seu *exequatur*, procedimento formal com pressupostos próprios, deve-se observar que a concentração de cooperação judicial em tribunais superiores, necessariamente, já é um vetor contrário à celeridade do alcance da cooperação, eis que, no Brasil, essas cortes têm acúmulo de processos em quantidade elevada. Além disso, após o *exequatur*, ultimar-se-á o efetivo pedido de cooperação rogado pela autoridade estrangeira, com todos os incidentes que lhe

---

<sup>602</sup> Segundo o Prof. Pedro Caeiro, a cooperação jurídica foi considerada uma questão de interesse comum no Tratado de Maastrich, sendo desvelada a óptica intergovernamental que lhe presidia. Ainda segundo o autor, “a cooperação jurídica é dotada, pela primeira vez, de um quadro institucional próprio, que pretende afirmar sua autonomia em relação às convenções e aos acordos precedentes e às restantes estruturas regionais e internacionais, sobretudo a ONU e o Conselho da Europa”. (CAEIRO, Pedro. *Cooperação Judiciária na União Europeia*. In: *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, Coimbra Editora, 2009, p. 71-72).

<sup>603</sup> A análise descritiva, pois, deixa clara essa falta de interseção de pressupostos para cooperação no âmbito dos ordenamentos jurídicos do Brasil, de Portugal, dos EUA, do Reino Unido, da Alemanha e do Canadá. A ausência de coincidência também se extrai de convenções adotadas nos âmbitos do Mercosul, além da observância de disposições respeitantes à Convenção Interamericana de Direitos Humanos Pacto de San José da Costa Rica, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, Convenção da Assembleia Geral das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, dentre outras diretivas no âmbito da ONU ou fora dela.

são próprios por natureza. Não tem avançado, ademais, a proposta brasileira de uma lei de cooperação penal judiciária, o qual poderia desviar muito do que se tem de solicitar pela via da carta rogatória. De fato, o projeto de Lei do Senado 326/2007 traz clara intenção de substituir o uso de cartas precatórias por assistências judiciárias mais céleres, todavia, já está, há mais de sete anos, em tramitação.

A referida imprecisão inviabiliza não apenas os procedimentos solicitados por países estrangeiros ao Brasil, mas, de igual modo, também as solicitações feitas pelo país. Nesse sentido, em levantamento feito pela Associação dos Juízes Federais do Brasil, no ano de 2003, as autoridades brasileiras haviam sido atendidas em apenas 16 % dos pedidos formulados às autoridades estrangeiras. Em 2005, em estudo realizado pelo Conselho da Justiça Federal, verificou-se que 70 % das cartas rogatórias expedidas por autoridades brasileiras simplesmente não são atendidas. Nesse mesmo estudo, verificou-se que, nos poucos casos em que a carta rogatória foi atendida, o procedimento mostrou-se inadequado e ineficiente para a obtenção das medidas como bloqueio de ativos financeiros, uma vez que, até ser cumprida, o dinheiro já tinha sido transferido, diversas vezes, para outros países<sup>604</sup>.

Também segundo esse juízo crítico negativo quanto aos mecanismos de cooperação penal internacional da República brasileira, a exposição de motivos da Proposta de Emenda Constitucional 152-1999 - a qual visou, sem aprovação, à transferência da competência processual para homologação de sentença estrangeira e execução de carta rogatória da Corte Superior para o juiz de primeiro grau competente para execução da sentença - enunciou que o rito dos pleitos cooperativos, no Brasil, eram inteiramente anacrônicos, incompatíveis com o dinamismo e a crescente circulação de leis e de pessoas da sociedade moderna e, especialmente, com o movimento de integração dos sistemas jurídicos, não havia motivo relevante que justificasse que o pedido ficasse sob o crivo de dois graus de jurisdição e especialmente da Corte Superior.

Verificou-se, conforme se expôs acima e através da análise descritiva constante do anexo desta Tese, grandes desuniformidades e oposições dos sistemas de cooperação penal internacional, impossibilitando, autenticamente, uma comunicação e funcionamento adequado entre eles. À luz dessa análise descritiva, no âmbito da

---

<sup>604</sup> SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes de. Anotações sobre o Anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional. *Revista de Processo*, v. 129. São Paulo: 2005, p. 134.

cooperação penal internacional, os sistemas penais das sociedades contemporâneas enfrentam problemas bastante coincidentes, solucionando cada sistema, entretanto, de maneira distinta, as situações geradas pelos comportamentos fáticos socialmente danosos. Em análise aos regramentos penais nacionais, percebe-se, assim, a necessidade de sistematização entre as normas de cooperação penal dos diversos países, revelando, ainda, a percepção de que só a convergência entre os inúmeros ordenamentos jurídicos através de um procedimento uniforme de cooperação permitirá uma esmerada relação entre os diferentes sistemas jurídicos. Resta fora de questionamentos, pois, a nítida imprecisão legislativa dos ordenamentos jurídicos nacionais quanto ao tratamento da cooperação jurídica internacional, sendo vital que se busque, através do estabelecimento de um procedimento comum de funcionamento entre os sistemas jurídicos nacionais, o estabelecimento de uma adequada, responsável e universalmente viável cooperação penal em face dos crimes de transcendência internacional.

## CAPÍTULO 7

### A HARMONIZAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO-CRIMINAL

#### **7.1 – A harmonização normativa através do equilíbrio entre as regras mínimas comuns e as regras dissonantes essenciais à base de cada sistema original: uma tônica entre a Babel e o Esperanto Universal<sup>605</sup>**

Pese embora a imprescindibilidade do processo de harmonização dos ordenamentos jurídicos dos diversos países, não se desconhecem, aqui, as dificuldades de levá-lo a efeito. A harmonização é uma arte de difícil engendramento, eis que o próprio eixo da ideia de harmonia pressupõe o acertamento entre os sistemas e a compatibilidade entre uns e outros<sup>606</sup>. A natureza, o curso e o contexto das mudanças legislativas nos Estados são diferentes em diversos aspectos, além do fato de existirem importantes e peculiares fatores de influência legislativa advindos de circunstâncias políticas, mudanças sociais e da própria cultura legal do lugar<sup>607</sup>. Para a reforma de qualquer área de qualquer sistema legal, não é suficiente olhar para as soluções estruturais baseadas em regras sem

---

<sup>605</sup> A referência a Babel e Esperanto Universal é uma alusão à narrativa de uma gestão de equilíbrio entre a indesejável unificação completa e a diversidade total – entre a Babel e o Esperanto Universal, na irretocável metáfora de Faria Costa, em alguma de suas obras: FARIA COSTA, José de. O Direito Penal, a Linguagem e o Mundo Globalizado, *Babel ou Esperanto Universal?* in D'ÁVILLA, Fábio Roberto. Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências, 8 e 9 de jun. 2009, EdIPUCRS, Porto Alegre, 2011, p. 12; COSTA, José de Faria. O princípio da igualdade, o direito penal e a Constituição, In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, n. 100. Jan./fev. 2013, p. 239. COSTA, José de Faria. "A protecção penal contra o branqueamento de capitais em Portugal". In: *IV Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Coordenadores: Miguel Abel Souto e Nielson Sánchez Stewart. Valência: Tirant Lo Blanch (Edt.), 2014, p. 217 e segs.

<sup>606</sup> Essa apreensão é compartilhada e referenciada por diversos autores. Nesse sentido: DELMAS MARTY, Mireille. *Del Derecho Penal a la Política Criminal*, en Revista ILANUD. año 11, n. 26, Bs. As., 2002, p. 80. Na mesma perspectiva, Perron assevera que a realização prática de uma equiparação recíproca das normas penais e processuais penais entre os países é tão difícil quanto necessária (PERRON, Walter. *Perspectivas de la unificación del derecho penal y del derecho procesal penal en el marco de la Unión Europea*, en AA. VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ediciones del puerto, Bs. As., 2005, P. 741).

<sup>607</sup> Tratando da cultura legal no contexto das reformas legislativas, ver.: “When reforming any area of any legal system, it is not sufficient to look at optimal structural and rule-based solutions without also taking into account the local legal culture into which such proposed solutions are to be transplanted”. (WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, 1974, p. 80). Friedman explica a noção de cultura legal, in verbis: “[b]y legal culture we mean the ideas, values, attitudes and opinions people in some society hold, with regard to Law and the legal system...Legal culture is the source of Law – its norms create the legal norms; and it is what determines the impact of legal norms on society.” (FRIEDMAN, Lawrence M. “Is there a Modern Legal Culture?, *Ratio Juris*, v. 7, Issue 2, 1994, p. 118). Tratando da importância da cultura legal para a compreensão comparada entre os sistemas, Gibson e Caldera advertem que o estudo das leis de outra jurisdição não pode ser adequadamente feita sem o entendimento da cultura legal daquela jurisdição em particular. (GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A. *The Legal Cultures of Europe*. *Law & Society Review* 30, 1996, p. 55).



considerar a cultura legal local em que tais soluções propostas estão a ser transplantadas<sup>608</sup>. Leve-se em conta, ainda, as advertências feitas por Faria Costa, no sentido de que um adequado processo legislativo deve passar pela “necessidade de avaliação prévia e sucessiva da necessidade de legislar, efectivação das medidas de controlo de qualidade técnica, adoção de um procedimento de audição prévia de entidades públicas e privadas e a verificação do tempo e das condições de transposição das normas”<sup>609</sup>.

Os embaraços estão presentes, antes de tudo, na harmonização de modelos jurídicos pertencentes a uma mesma tradição. Nesse sentido, Hirsch aponta que, também no interior dos Estados europeus que perfilham a tradição continental, existem notáveis diferenças, sobretudo por razões culturais<sup>610</sup>. Tome-se também, como exemplo, o Mercosul, onde todos os países possuem ordenamento jurídico de tradição europeu-continental, mas que, ainda que se levem em consideração as mesmas matérias, os referidos ordenamentos situam-se em diferentes estágios de evolução<sup>611</sup>. As dificuldades são, por óbvio, ainda maiores, quando se equiparam reciprocamente ordenamentos jurídicos que perfilham culturas jurídicas diferentes (*Common Law* e *Civil Law*). Assim, muito embora as dificuldades se apresentem também entre países cujo ordenamento responde à mesma família jurídica, derivadas da contraposição de modelos culturais, não resta dúvida de que o problema ganha especial relevância, quando se trata de países de tradições jurídicas diversas<sup>612</sup>. Isso porque, verdadeiramente, as diferenciações advêm não apenas de suas bases principiológicas<sup>613</sup>, mas também da própria ideia presente de codificação<sup>614</sup>.

---

<sup>608</sup> WATSON, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, 1974, p. 80.

<sup>609</sup> COSTA, José de Faria. Os códigos e a mesmidade: o Código de Processo Penal de 1987. In: *Que futuro para o direito processual penal?* p. 442, Coimbra Editora, 2009.

<sup>610</sup> Como exemplo, vejam-se as diferenças do Direito Penal francês face à grande maioria dos demais países europeus, bastando citar as hipóteses dos crimes sexuais, crime de aborto e as normas penais relativas à proteção do matrimônio e da família (HIRSCH, Hans Joachim. *Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal y procesal penal en la Unión Europea*. In: AA. VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ediciones del puerto, Bs. As., 2005, p. 668).

<sup>611</sup> No campo específico dos crimes cibernéticos, por exemplo, Riquert aponta que a proteção penal, nos países do Mercosul, apresenta uma série de assimetrias (RIQUERT, Marcelo Alfredo. *Protección contra la delincuencia informática en el Mercosur*, en David Baigún – Nicolás García Rivas (Directores), *Delincuencia económica y corrupción*, Ed. Ediar, Bs. As., 2006, p. 343).

<sup>612</sup> Nesse sentido, ver: GRASSO, Giovanni. *La formazione di un diritto penale dell'Unione Europea, Prospettive di un diritto penale europeo, Atti del seminario organizzato del Centro di diritto penale europeo Catania*, março de 1997, Catania, Dott. A. Giuffrè Editore, 1997, pp. 7, 31.

<sup>613</sup> Para uma completa análise quanto às divergências entre os sistemas, ver: ASHWORTH, Andrew, “*Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht England*” –

Ainda que se atinja uma etapa relativamente suficiente no processo de assimilação e harmonização entre as legislações, outras notáveis dificuldades apresentar-se-ão à vista de seus vestígios e reminiscências individuais. O fato é que, mesmo que haja a adesão de tratados de convergência entre determinadas regras de Direito Penal e Processual Penal, ainda assim, surgirão barreiras, principalmente de caráter constitucional<sup>615</sup> -, as quais impeçam ou dificultem a uniformidade da resposta jurisdicional, por se misturarem às ordens jurídicas em situações não análogas. A homogeneidade normativa, porém, desvinculada de referências espaço-temporais, não garante, ainda, a aplicação uniforme da regra por parte dos órgãos jurisdicionais nacionais, muito embora essa última dificuldade seja própria da subjetividade do ofício jurisdicional, não representando, assim, argumento relevante em desfavor da busca pela harmonização.

Os Estados contemporâneos são confrontados, no campo do Direito Penal e Processual Penal, com problemas, em grande parte, de características congêneres<sup>616</sup>. Identifica-se, em um primeiro plano, o crescimento geral e globalizado da criminalidade organizada<sup>617</sup> e econômica<sup>618</sup>, a ausência de uma estrutura coordenada que possa enfrentar

---

Trad.: Requisitos Básicos da Parte Geral do Direito Sancionatório Europeu. Relatório Nacional para a Inglaterra-, ZStW 110, 1998, p. 461-472.

<sup>614</sup> HIRSCH, Hans Joachim, *Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal y procesal penal en la Unión Europea*, en AA. VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ediciones del puerto, Bs. As., 2005, p. 668.

<sup>615</sup> Assim, *a contrariu sensu*, países de tradições constitucionais comuns são naturalmente expostos a uma circulação conceitual feita de imitações recíprocas e hibridizações entre os diversos guardiões que participam de suas definições. Nesse sentido: MANES, Vitorio. *As Garantias Fundamentais em Matéria Penal, Entre a Constituição e a Convenção Europeia de Direitos do Homem*. in D'ÁVILLA, Fábio Roberto. *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências*, 8 e 9 de jun. 2009, EdiPUCRS, Porto Alegre, 2011, p. 83.

<sup>616</sup> Nessa esteira, conforme Dias, o objeto da investigação é, do ponto de vista científico, essencialmente uno: a criminalidade é um fenômeno que surge de forma muito similar entre todos os Estados modernos e cujo tratamento processual não pode, por isso, ser, de Estado para Estado, substancialmente diferente. Ainda segundo o autor, tudo isso convida – conforme insiste Roxin – à edificação de uma autêntica ciência internacional do processo penal (DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Processo Penal Português: problemas e prospectivas*. In: *Que futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra Editora, 2009, p. 816).

<sup>617</sup> Em que pese as dissonâncias conceituais acerca desse tipo de criminalidade, há um sentido uníssono na referida definição, reconhecendo-se que a mesma apresenta, como nota distintiva, seu caráter transfronteiriço (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno al concepto de "crimen organizado"*, in *Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia*, Ed. Depalma, Bs. As., 2001, p. 9/15), ou, como prefere a doutrina norte-americana, quando o crime detém “*transjurisdictional elements*” (BIBAS, Stephanos. *International Idealism Meets Domestic Criminal Procedure Realism*, *Duke Law Journal*, v. 59, n. 4, jan. 2010, p.646).

<sup>618</sup> A criminalidade da era da globalização é, em sentido amplo, econômica, ainda que possa colocar em risco outros bens jurídicos (PALIERO. “*Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils fur ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht Italien*” – Trad. Requisitos básicos da Parte Geral do Direito Sancionatório Europeu. Relatório Itália -, In: ZStW- *Zeitschrift fur die gesamte Strafrechtswissenschaft*, volume 110, 1998, p. 417-420). Assim, surgiu a necessidade de repressão a delitos decorrentes ou proporcionados pela própria evolução econômica dos Estados, onde a criminalidade transnacional se instalou, isto é, reconheceu-se que a

essa criminalidade transnacional<sup>619</sup>, a dificuldade dos Estados em cooperar uns com os outros no campo do processo penal, especialmente, em matéria de extradição, de cumprimento de diligências, de assistência mútua, de transferência de processos e de execução de sentenças, além das tensões constitucionais derivadas da instrumentalização da tutela de bens jurídicos transnacionais. Novos modelos de criminalidade disseminados sem a resposta jurídico-penal dos Estados, através de seus mecanismos internos, criam lacunas institucionais que exigem novos meios de reação a essa delinquência globalizada<sup>620</sup>, caracterizada pelo entrelaçamento com elementos de organização,

---

globalização proporcionou a necessidade de repressão a delitos diversos dos considerados tradicionais, exatamente por estes delitos disporem de uma regulação legal deficiente e dependente de elaboração de normas de repressão penal (SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002, p. 77, 85-86). Nesse sentido, Sieber destaca que, uma vez que o direito penal clássico não inclui interesses de Estados terceiros e instituições internacionais – inversamente ao que acontece em relação aos interesses individuais de cidadãos estrangeiros-, rapidamente surgiram outras necessidades de proteção supranacionais, especialmente a proteção de interesses financeiros e da integridade da Comunidade Europeia e da União Europeia perante burlas, fraudes, desvio, abuso de poder e violação de segredo profissional (SIEBER, Ulrich, *O Futuro do Direito Penal europeu – Uma nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu*, in “Que futuro para o direito processual penal?”, Coimbra Editora, 2009, p. 466).

<sup>619</sup> Essa criminalidade, conforme será posto no decorrer deste texto, cada vez mais, agiganta-se diante de estruturas estatais ausentes de mecanismos internacionais adequados e sem ligação eficiente com os demais sistemas de justiça criminal estrangeiros.

<sup>620</sup> Isso significa que a reflexão jurídico-penal deve ter como parâmetro relevante a análise de crimes bem diferenciados do modelo tradicional, como o homicídio ou os delitos patrimoniais clássicos, os quais possuem um regramento normativo insuficiente e uma dogmática parcialmente pendente de elaboração. Segundo Shunemann, nos dias de hoje, é a criminalidade da empresa, a criminalidade da classe alta que representa o maior perigo para os bens jurídicos protegidos. O autor está em posição diametralmente oposto à Escola da Frankfurt, que, sob os auspícios de um ‘direito penal clássico’, propõe que o direito penal feche os olhos justamente para os crimes mais graves que hoje se praticam (SCHUNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pond, 2013, p. 13). Uma das teses que pretende inventar um novo modelo de legitimação é a que Figueiredo Dias chama de capitulação ou retirada do direito penal. Referida tese, proposta, entre outras, pela Escola de Frankfurt, sustenta que o direito penal não pode arvorar-se em instrumento de tutela perante os novos e grandes riscos da sociedade presente e futura. Há, dizem, que guardar o patrimônio ideológico liberal, reservando ao direito penal o seu âmbito clássico de tutela (os direitos fundamentais dos indivíduos) e os seus critérios experimentados de aplicação, pelo que a proteção perante os megarriscos da sociedade pós-industrial só pode ser pedido auxílio a meios não jurídicos de controle social e, porventura também, a outros ramos de direito (não penal). Figueiredo Dias, ao contrário, defende que, para domínio das fontes dos novos riscos tornam-se indispensáveis normas de comportamento cuja violação, nos casos mais graves, exige uma punição penal. Segundo o autor, esperar uma tutela capaz da parte de meios não jurídicos de política social ou através de meios jurídicos não penais afigura-se expectativa inconsistente. Trata-se de converter o lobo em pastor, na excelente ilustração de Heine (HEINE, La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro. In ESER; HASSEMER. *La Ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 429). Uma tal solução significaria nada menos que subtrair à tutela e às sanções penais precisamente as condutas mais gravosas, aquelas que põem do mesmo passo em causa a vida planetária, a dignidade das pessoas e a solidariedade com outras pessoas, com as que existem e com as que hão de nascer (DIAS, Jorge de Figueiredo, *O problema do direito penal no dealbar do terceiro milênio*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 99, ano 20, São Paulo: RT, 2012, p. 42).

transnacionalidade e poder econômico<sup>621</sup>. Trata-se de uma criminalidade que opera através de uma estrutura hierarquizada de pessoas e empresas, com sujeitos ativos normalmente de elevado poderio econômico e que gera, portanto, sérios efeitos econômicos, políticos e sociais.

A necessidade de uma reação jurídico-penal a essa criminalidade própria do processo globalizante sugere um aumento substancial dessa tendência de cooperação<sup>622</sup>, eis que patente a insuficiência das garantias formais e materiais do Direito Penal e Processual Penal dos ordenamentos jurídicos nacionais<sup>623</sup>. É particularmente ameaçador para a democracia e para o Estado de Direito, por totalmente ineficaz, a atuação isolada e independente dos Estados na tentativa de refreamento dessa criminalidade<sup>624</sup>. Assim, a intensificação e rotinização das relações jurídicas cooperadas entre os Poderes Judiciários dos diversos Estados são motivadas pelo esforço dos tribunais nacionais em evitar, dentro de suas jurisdições, as consequências negativas decorrentes do *deficit* institucional ocasionado pelo confronto infecundo com essa criminalidade.

O diálogo judicial entre os Estados, através da coordenação e harmonização normativa entre seus ordenamentos jurídicos, bem como através de mecanismos de cooperação interinstitucional postos em comum, permite aos Estados reagirem a essa insuficiente e deficiente estrutura estatal interna. Assim é que, verdadeiramente, o Direito Penal e Processual Penal desenvolvidos em paralelo ao curso da globalização serão Direitos, cada vez mais, aproximados<sup>625</sup>, mas isso não representa ceder, conforme já exposto ao longo deste trabalho, à tendência unificadora de um Direito Penal global, sem

---

<sup>621</sup> À vista desses três conceitos, afirma-se que o marco geral que revela a criminalidade da era da globalização exprime-se nas três vertentes: criminalidade organizada, criminalidade transnacional e criminalidade econômica (PEARCE, Frank; WOODIWIIS, Michael. *Global crime connections: dynamics and control*, University of Toronto Press, 1993).

<sup>622</sup> Muito embora, da forma como advertiu Voge, os princípios tradicionais do direito da cooperação tendam a respeitar na medida do possível a soberania dos Estados, de modo que a ideia de soberania é substituída pela noção de integração entre os Estados (VOGE, Joachim R., *La internacionalización del desfecho penal y del proceso penal*, Revista Penal n.º 22, Wolters Kluwer España, S.A., Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olaver: de Sevilla, Julho 2008, p. 167).

<sup>623</sup> Assim, conforme Dias, os riscos globais ínsitos a esta criminalidade exige uma possível contenção e tratamento processual penal a nível global (DIAS, Jorge de Figueiredo. O Processo Penal Português: problemas e prospectivas. In: *Que futuro para o Direito Processual Penal?*,” Coimbra Editora, 2009, p. 817).

<sup>624</sup> Acerca da fragilidade do Estado frente à criminalidade globalizada, ver: HESS, Henner, *Die Zukunft des Verbrechens – O futuro da criminalidade*, in: *Kritische Justiz*, Jahrgang 31, Heft 2/ 1998, p.153 .

<sup>625</sup> ROXIN, Claus. *El desarrollo del Derecho penal em El siguiente siglo*. In: *Dogmática penal y política criminal* (Trad. Abanto Vasquez), Lima, 1998, p. 446.

levar em consideração as vicissitudes diferenciadoras de cada ordenamento jurídico<sup>626</sup>. A unificação total e descriteriosa do Direito Penal do mundo globalizado pode acarretar, entre outras consequências, o surgimento de um Direito Penal menos garantista, com flexibilização das regras de imputação e relativização das garantias jurídico-criminais (tanto substantivas quanto processuais), a exemplo do que vem ocorrendo pontualmente, em muitas ordens jurídicas nacionais, especialmente, em leis que tratam de matérias relacionadas à prevenção e repressão da criminalidade econômica e organizada<sup>627</sup>.

O desenvolvimento comum de normas mínimas, ao contrário, não gera um direito penal mais autoritário que o normal nem cria uma legislação nacional excepcional em desconformidade com as garantias e os direitos fundamentais, pois isso continuará dependendo da forma como cada Estado e sua própria dogmática imprimem sua política criminal<sup>628</sup> e protegem as garantias processuais dos seus réus<sup>629</sup>. Assim é que Tiedemann sustenta que, no espaço jurisdicional europeu, o processo de integração, desenvolvido de forma correlata à globalização, deverá conduzir, ao contrário, a uma limitação da punibilidade<sup>630</sup>. Reitere-se, portanto, que não se está a analisar as condições de viabilidade de uma ciência mundial do Direito Penal, mas de sugerir propostas concretas para que os ordenamentos internos possam se interligar e, conseqüentemente, tentar resolver os problemas jurídico-penais e processuais penais de âmbito transnacional. Discorda-se, aqui, das conclusões a que chegou Delmas-Marty, no sentido de que o Direito Penal apenas pode responder às novas exigências da criminalidade transnacional, quando não se limitar ao seu

---

<sup>626</sup> Visando à aplicação, cada vez mais, uniforme de normas, Vogel propõe a adoção de tratados de uniformização também em relação às matérias da Parte Geral do Direito Penal, proposição essa, conforme exposto nos tópicos anteriores, a qual representa, por improvável e inviável, o desterro da própria pretensão de harmonização, a qual morreria truncada já em seu nascedouro (VOGEL, Joachim. *Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts*". A uniformização dos regulamentos europeus na parte geral do direito penal, JZ, 1995, p. 334).

<sup>627</sup> SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales. Edisofer S.L. Libros Jurídicos, Editorial de Montevideo-Buenos Aires, 2011, p. 84.

<sup>628</sup> E no âmbito do tema específico deste trabalho, precisa é a afirmação de Ferreira Monte no sentido de que qualquer tentativa de harmonização deve ser orientada bem mais por finalidades político-criminais do que por razões dogmáticas, já que um sistema penal harmonizado deve ser "menos científico e mais teleológico, ou, *rectius*, menos dogmático e mais político-criminalmente fundamentado". (MONTE, Mário Ferreira. *Direito Penal Europeu. De Roma a Lisboa*. Subsídios para a sua legitimação. Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 63).

<sup>629</sup> HASSEMER, Winfred; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Viejo y nuevo Derecho penal, en La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 46.

<sup>630</sup> Muito embora ele assim afirme "em face das construções da parte geral de tradição alemã". TIEDEMANN, Klaus, "*Der Allgemeine Teil des Strafrechts im Lichte der europäischen Rechtsvergleichung*" - A parte geral do direito penal à luz do direito europeu -, em *Festschrift für T. Lenckner zum 70. Geburtstag*, Munique, 1998, p. 411, 433-434.

campo de aplicação territorial e se tornar, ele próprio, global<sup>631</sup>. Para tanto, não se deve desatar da preocupação com uma harmonização e sistematização mínimas entre determinadas normas dos diversos ordenamentos jurídicos – longe, portanto, de uma unificação completa das legislações -, sem deixar de ponderar, a todo instante, as resistências culturais e as variantes jurídico-penais dos sistemas penal e processual penal de cada ordenamento nacional<sup>632</sup> e, para além disso, as variações advindas “da idiossincrasia e da peculiaridade de cada povo ou comunidade nacional”<sup>633</sup>.

Busca-se construir, assim, de acordo com a metáfora posta por Faria Costa, um equilíbrio entre “uma narrativa de comportamentos modelada em uma tônica de Babel – uma variável conformação do conteúdo dos tipos penais legais de crime, atenta e sensível à diversidade e pluralidade cultural, econômica, social e jurídica de cada país – ” e “uma tônica de Esperanto Universal – uma invariante conformação do conteúdo dos tipos legais de crime, preocupada apenas com exigências de eficácia no combate da criminalidade organizada”<sup>634</sup>. A aproximação que aqui se pretende não tem um fim em si mesma, mas funciona como meio necessário para a operabilidade do procedimento de cooperação penal internacional entre os Estados. A harmonização entre os sistemas, com manutenção de uma parte de suas diferenças, demanda a construção de um direito cooperativo que não imponha a uniformidade, mas, admitindo uma certa diversidade, torne os ordenamentos jurídicos compatíveis uns com os outros e, portanto, suscetíveis de empreenderem um regime de cooperação baseado na confiança<sup>635</sup>.

---

<sup>631</sup> DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel*. Paris: 2004, p. 241-307.

<sup>632</sup> Tenta-se, nesse ponto, não desatender a advertência de Caeiro, no sentido de que “a assunção do poder de desenhar incriminações mínimas por parte do tribunal é suscetível de pôr em risco um programa político-criminal de emprego da lei penal como *ultima ratio*” (CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado – O caso Português*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 381). O programa que aqui se propõe refere-se à criação de um ambiente normativo convergente apto a gerar confiança entre os países para que eles possam cooperar com um ordenamento jurídico que eles identifiquem como similar ao seu, não se reportando a novas incriminações advindas de normas mínimas e genéricas.

<sup>633</sup> COSTA, José de Faria. O princípio da igualdade, o direito penal e a Constituição, In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, n. 100. jan./fev. 2013, p. 239.

<sup>634</sup> Esclarecendo, desde já, que o referido autor expressa sua opinião pela completa repulsa à ideia de Esperanto. Concorde-se, ainda, com o referido autor, no sentido de que “uma compreensão do mundo e do direito penal que ainda pretenda ser minimamente liberal deve haver diferenciação e(...) diversidade” (COSTA, José de Faria. *Op. Cit.*, p. 238).

<sup>635</sup> Assim, com a harmonização, conforme referência de Anabela Rodrigues, “não se está em causa fazer tábua rasa das especificidades culturais de cada Estado” (RODRIGUES, Anabela Miranda. “*Um sistema sancionatório penal para a União Europeia – Entre a unidade e a diversidade ou os caminhos da harmonização*”. In: *O Direito Penal Europeu Emergente*. Editora Coimbra, 2008, p. 333). Em meio às várias polissemias que se podem atribuir à narrativa da harmonização, pode-se obter algum consenso em alguns de seus elementos essenciais, conforme resumido por I. Horta Pinto: “a eliminação de disparidades, tornando as

Nessa linha de encaminhamento argumentativo, Voge conclui que, na harmonização, o legislador nacional detém mais liberdade e uma maior possibilidade de elastecer ou restringir a norma interna com o escopo de criar parâmetros normativos mínimos e comuns entre os países, diferentemente do que ocorreria com uma fusão completa das legislações através do processo de unificação total<sup>636</sup>. Assim, o estabelecimento de marcos normativos comuns não implica a pretensão de construção definitiva de um sistema absolutamente único e sem vicissitudes diferenciadas, sob pena de a importação, para o direito nacional, de regras comuns internacionais, trazer prejuízos dogmáticos de difícil solução<sup>637</sup>. A harmonização, assim, ao contrário, não significa a revogação das diferenças, na medida em que a própria base de formação que faz originar as normas internacionais é de natureza plural, pautada pela diversidade étnica, política, social, econômica, religiosa e, no que aqui mais nos interessa, também jurídica<sup>638</sup>. Não obstante, servindo o multiculturalismo como manancial de formação, desenvolvimento e consolidação das normas internacionais, também ele se firmará ponto de referência para a harmonização dos sistemas jurídicos internos<sup>639</sup>.

É evidente que, conforme adverte Tiedemann, parece improvável que, para a obtenção de uma harmonização entre os sistemas de Direito Penal, respeite-se, por exemplo, a unidade orgânica que uma determinada instituição tem em seu país de

---

leis ou políticas mais similares, com uma certa finalidade... a manutenção da individualidade e da diferença e o objetivo de manutenção de um resultado harmonioso, coerente, de coexistência de diferenças sem fricções” (PINTO, Inês Horta. *A Harmonização dos Sistemas de Sanções Penais na Europa – Finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas de futuro*. Coimbra Editora, setembro de 2013, p. 85).

<sup>636</sup> VOGUE, Joachim R. *La internacionalización del Derecho penal y del Proceso penal*, *Revista Penal n. 22*, Wolters Kluwer España, S.A., Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olaver: de Sevilla, Julho 2008, p. 163.

<sup>637</sup> Nesse sentido, Rui Cunha, em prefácio à obra de Trotta: “a cooperação, para ser eficaz e consequente com seu desempenho articulador, necessita de trabalhar em ordem a um horizonte de concretização propensamente universalizante, ao menos nos termos de uma diluição das diferenças que lhe é implícita; mas essa mesma eficácia da cooperação pressupõe um esforço de contenção sobre aquela mesma propensão universalizante, já que só se articula aquilo que mantém níveis significativos de diversidade entre si, regra que, a ser quebrada, faria da cooperação uma mera celebração do mesmo e um veículo do pensamento único (CUNHA, Rui. Prefácio. In: TROTTA, Sandro Brescovit. *O lugar do crime no Mercosul: As fronteiras da cooperação jurídica internacional contemporânea*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 21-22).

<sup>638</sup> BECHARA, R.. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) - USP, São Paulo, 2010, p. 55. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-101628/>>. Acesso em: 16 mar.2016.

<sup>639</sup> Nesse sentido, o universalismo de um Direito comum pode servir de instrumento de harmonização que respeite a singularidade dos povos e compatibilize as diferenças. (RODRIGUES, Anabela Miranda, *A internacionalização e a europeização do direito penal – entre a unificação e a harmonização*. In: *Internacionalização do Direito no novo Século*. Coimbra Editora, 2009, p. 229).

origem<sup>640</sup>, de modo que o esperado é que haja a assunção de aspectos parciais da base normativa que servirá de referência para a harmonização, com o compartilhamento de alguns traços gerais e aceitação de possíveis discrepâncias advindas dos particularismos de cada ordenamento. Não se pode deixar de assinalar, nesse aspecto, a necessidade de manutenção de determinados aspectos das culturas jurídicas penais nacionais, já que os ordenamentos jurídicos detêm aspectos históricos e possuem propriedades que representam a própria identidade do sistema<sup>641</sup>. De todo modo, mesmo diante da dificuldade de determinação e aplicação conjunta das normas objeto da harmonização, sobressai a necessidade de estabelecimento de marcos mínimos comuns a serem seguidos pelos diversos países<sup>642</sup>.

A harmonização dos sistemas - inspirada pelo pluralismo que mapeia toda a comunidade internacional - busca, através do equilíbrio entre regras mínimas comuns e regras dissonantes essenciais à base de cada sistema original, evitar o transplante atécnico, assimétrico e sem critérios – bastante comum nos dias de hoje -, de regras e institutos advindos de um país de cultura e tradição jurídicas totalmente diferentes<sup>643</sup>. A

---

<sup>640</sup> TIEDEMANN, Klaus. “*Der Allgemeine Teil des Strafrechts im Lichte der europäischen Rechtsvergleichung*” - A parte geral do direito penal à luz do direito europeu -, em *Festschrift für T. Lenckner zum 70. Geburtstag*, Munique, 998, p. 433.

<sup>641</sup> Poder-se-ia citar, como exemplo, o sistema do júri da *Common Law*, o qual dificilmente poderia ser suprimido a pretexto de uma adaptação para o sistema jurídico continental. Nessa esteira, subscrevemos, a assertiva de Caeiro no sentido de que “não será possível evitar uma certa desigualdade na aplicação da lei pelos Estados(...). As especificidades nacionais do direito (não só penal) de cada Estado virão inelutavelmente à tona” (CAEIRO, Pedro. *Perspectivas de Formação de um Direito Penal da União Europeia*, RPCC 6, 1996, p. 207).

<sup>642</sup> Essa abordagem faz-nos aproximar, em conteúdo e forma, do que alguns entendimentos jurisprudenciais e doutrinários apontaram como um conceito de hibridização. O conceito de hibridização foi implementado por juízes nas recentes decisões do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia, no sentido de que a filosofia fundamental para o processo penal dos Tribunais Penais Internacionais almeja manter uma espécie de balanço entre o processo acusatório nos sistemas de *Common Law* e o processo inquisitorial na tradição da *Civil Law*, assegurando, ao mesmo tempo, que a justiça seja feita (*Decision on the Motion on Presentation of Evidence by the Accused, Prosecutor v. Delalic et al., Case No. IT-96-21-T*, 1 May 1997. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>). Acesso em: 12 out. 2014, às 21 h. Muito embora sem referir terminologicamente à hibridização, Chenut consegue dar contornos precisos à ideia que ora se defende, ao dizer que não é o caso de haver aí rejeição de um sistema por outro, nem promoção de um direito em detrimento do outro. Segundo o autor, a mestiçagem de sistemas jurídicos é uma fonte incontestável de enriquecimento recíproco e preferível a qualquer exclusão, a qual é frequentemente fomentada pela ausência de conhecimento, pela incompreensão e talvez mesmo pelo medo dos Direitos estrangeiros. (CHENUT, Charles-Henry Chenut. *Abordagem comparativa entre os sistemas de Civil Law e de Common Law*. In: *Estudos de direito comparado e de direito internacional*, Ed. Juruá 2011, p. 153-154).

<sup>643</sup> Um exemplo do quanto uma determinada solução imposta, de forma descontextualizada de seu marco normativo interno, pode gerar deficiências irremediáveis foi o procedimento imposto no Alto Tribunal Iraquiano (o qual, rememore-se, não foi constituído por instrumento legal internacional, e sim por decisão do Governador Estadunidense do Iraque). O enxerto de regras estadunidenses, concebidas sob um contexto acusatório (que implica condução da investigação durante a oitiva processual, na forma de debate



harmonização, assim, não malfere a autonomia do Estado que se dispôs a reestruturar seu ordenamento a partir de uma base mínima comum advinda da mescla de regras próprias com regras de outros sistemas. Muito pelo contrário, tal dinâmica qualifica sua autonomia, ao permitir a utilização de diretrizes comuns, sem as quais só se chegaria à solução do caso a partir do exame casuístico de cada hipótese prática<sup>644</sup>.

Resta evidente que o sucesso dessa estratégia depende criticamente do grau de aproximação das normas aceitas pelos ordenamentos jurídicos e da amplitude dos mecanismos de cooperação para habilitar a capacidade dos Estados de agir de forma coordenada e harmônica. Há outras externalidades positivas que podem ser extraídas dessa atuação conjunta e coordenada, sendo uma delas relacionada à maior independência judicial dos tribunais nacionais em face dos tribunais internacionais. A resistência de alguns tribunais nacionais em negar seguimento a medidas estrangeiras, por estas serem corrosivas para sua autonomia, parte de uma ideia retrógrada e irrealista, pois, muito pelo contrário, a consequência da coordenação entre os tribunais nacionais seria exatamente sua maior independência frente aos tribunais internacionais<sup>645</sup>. Há, como consequência, um aumento da autoridade e da autonomia da jurisprudência dos tribunais nacionais, pois, agindo de forma coordenada, ao mesmo tempo em que não se desfaz a atuação soberana de cada um dentro de seus âmbitos de jurisdição, quanto mais os tribunais nacionais se envolverem conjuntamente na aplicação do Direito Internacional com relação a normas e mecanismos processuais que empregam, mais as suas jurisprudências restringirão as hipóteses disponíveis para que os tribunais internacionais enfrentem e decidam acerca de questões semelhantes.

Isso, porque a eficácia das decisões dos tribunais internacionais está condicionada ao cumprimento dessas decisões pelos tribunais nacionais que, consolidando

---

contraditório perante um juiz neutro), em um sistema de base inquisitorial, em que a investigação continua a ser conduzida, durante a fase pré-processual, por um juiz de investigação que constrói o caderno inquisitorial, parece chegar a um impasse. Somente um equilíbrio recíproco entre os sistemas evitaria falsos híbridos que podem provocar rejeição e talvez, até mesmo, paralisar o sistema inteiro.

<sup>644</sup> Nesse sentido, a hibridização alinha-se com a autonomização. Em vez de encontrar soluções caso a caso advindas de peculiaridades técnicas, a coerência deve ser construída usando metaprincípios ou diretrizes que vão além de regras técnicas para definir uma gramática comum, que vai orientar a interpretação à medida que novas questões surgem (DELMAS-MARTY, M. *Comparative Criminal Law as a Necessary Tool for the Application of International Criminal Law, The Oxford C. to ICJ*, Ed. A. Cassese, Oxford University Press, New York, 2009, p. 101).

<sup>645</sup> Essa última conclusão é defendida em: BENVENISTI, Eyal; GEORGE, Downs. 'Court Cooperation, Executive Accountability and Global Governance'. 2009 *NYU Journal of International Law & Policy* 41, p. 931-958.

sua jurisprudência, criarão situação de desestímulo às cortes internacionais para decidirem e interpretarem de forma oposta, limitando, assim, a independência dessas últimas<sup>646</sup>. Recentemente, muitos tribunais nacionais de países democráticos têm-se apartado dessa abstenção histórica e adotado uma posição mais afirmativa<sup>647</sup>, tendência essa que decorre de uma época em que uma proporção cada vez maior das alterações normativas nacionais é feita, sem empobrecimento de sua democracia ou do judiciário nacional, com base no Direito Internacional.

Os Estados têm reconhecido que suas respectivas legislaturas possuem limitações institucionais que os deixam sem possibilidade de lidar com o incremento da criminalidade transnacional, buscando, na guarida do direito internacional, o fortalecimento da capacidade de reação estatal. A atuação consorciada dos juízes nacionais

---

<sup>646</sup> BENVENISTI, Eyal. *The Democratizing Effects of Transjudicial Coordination*, Tel Aviv University Law School, Tel Aviv University Law Faculty Papers, 2012, p.164, 165. Nesse aspecto, não é incomum que os tribunais internacionais rendam-se à jurisprudência invocada por tribunais nacionais no âmbito do Direito Internacional, situação da qual é exemplo o clássico e controverso julgamento “Solange” (1974), do Tribunal Constitucional Alemão. Nesse caso, o Tribunal concluiu que o Direito Comunitário carecia de uma disciplina normativa quanto aos direitos fundamentais, o que retirava a autoridade das instituições comunitárias frente ao catálogo constitucional de direitos fundamentais previstos na Constituição alemã. Assim, segundo a definição do Tribunal alemão, enquanto no julgamento “Solange”, o Direito comunitário não dispusesse de um rol de direitos fundamentais aprovados pelo seu parlamento, todos os tribunais alemães estariam obrigados a não aplicar qualquer ato jurídico comunitário que conflitasse com os direitos fundamentais consagrados no sistema jurídico alemão, cabendo ao Tribunal Constitucional Alemão a verificação de compatibilidade do Direito Comunitário com os direitos fundamentais previstos na Constituição alemã. Essa decisão influenciou tanto a Corte Europeia a viabilizar, através do ativismo judicial, a proteção dos direitos fundamentais no ambiente comunitário, quanto outras instituições políticas europeias, como é o caso da Declaração Conjunta sobre Direitos Fundamentais produzida, em 05 de abril de 1977, pelo Parlamento Europeu, Conselho Europeu e Comissão Europeia. (MENDES, Gilmar; GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Direitos humanos e integração regional: algumas considerações sobre o aporte dos tribunais constitucionais*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudotextual/anexo/Brasil.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2013, às 8 h, p. 6). Essa decisão foi seguida também por diversos outros tribunais na Comunidade Europeia, entre os quais o Tribunal Espanhol, quando, em julgamento de 13 de dezembro de 2004 (Declaração n. 1 do Tribunal Constitucional. Espanhol), tratou da compatibilidade do Tratado Constitucional com a Constituição espanhola (SADURSKI, Wojciech. Solange, chapter 3: Constitutional Courts in Central Europe—Democracy—European Union’, 2008 *European Law Journal* 14, pp. 1-35; WITTE, Bruno de, ‘Direct Effect, Supremacy, and the Nature of Legal Order’ In: P. Craig & G. de Burca (eds.), *The Evolution of EU Law*, 1999, pp. 177-213. Ver, também, quanto aos conflitos entre as cortes da comunidade europeia: SWEET, Alec Stone. Constitutional dialogues in the European Community. In: SLAUGHTER, Anne-Marie et al. (eds.). *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*. Oxford: Hart Publishing, 1998, p. 317-318). Nesse contexto, chegou-se à afirmação de que o Tribunal de Justiça Europeu não agiu de forma espontânea, ao desenvolver uma disciplina de direitos fundamentais, tendo sido decisivamente levado a esse caminho pelas decisões dos tribunais internos, principalmente do italiano e do alemão Nesse sentido: MANCINI, Federico. Democracy and the European Court of Justice. In: MANCINI, Federico. *Democracy and Constitutionalism in the European Union: Collected Essays*. Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 45).

<sup>647</sup> Os tribunais norte-americanos, incluindo a Suprema Corte americana, têm sido exceção a essa regra (BENVENISTI, Eyal, ‘Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts’, 2008 *American Journal of International Law* 102, p. 241).

pode, potencialmente, reduzir as deficiências orgânicas e estruturais internas, equilibrando o sistema jurídico nacional em face da criminalidade em constante expansão nas últimas décadas. O intercâmbio processual entre os juízes e tribunais nacionais, anteriormente realizado de forma episódica e fragmentada, deve operar, permitindo uma atuação transnacional de forma rápida e sistemática e, portanto, eficaz, não apenas no que diz respeito à salvaguarda da persecução penal, mas também no que se refere às garantias do investigado, conforme se verá no capítulo 9<sup>648</sup>.

Na maioria dos casos, a avaliação jurídica do Poder Judiciário doméstico baseia-se na ordem constitucional correspondente, mesmo diante de sua eventual incompatibilidade com a fonte normativa internacional. A ordem constitucional nacional representa, para os correspondentes juízes e tribunais, uma fonte independente e autônoma cuja vigência deve servir de referência máxima para proteção da integridade do sistema jurídico interno. Essa verdade, entretanto, não deve servir de impedimento para a coordenação entre os tribunais nacionais, porque suas constituições, em que pese a variação, fazem parte, na imensa maioria delas, de um conjunto semelhante de normas internacionais invocadas e assimiladas pela ordem constitucional e que, direta ou indiretamente, afetam o sistema jurídico interno<sup>649</sup>. Enquanto um juiz ou tribunal nacional, agindo sozinho, pode fazer relativamente pouco, os juízos coordenados de vários

---

<sup>648</sup> Vinculando uma rápida tramitação do processo a um provimento jurisdicional eficaz, Fernandes destaca que a lenta tramitação do processo penal transpõe a atividade sancionadora para instâncias de penalização extra-estatais, quebrando a confiança dos cidadãos numa tutela jurídica eficaz e fomentando as tendências de autodefesa (FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*, Editora: Almedina Tema: Direito Penal, 2001, p. 55). Valendo-se de outra linha de raciocínio, Zipf aduz que o grande distanciamento entre o fato e a resposta jurisdicional dificulta a comprovação segura sobre a realidade do fato investigado (ZIPF, Heinz, *Introducción a la política criminal*, Imprenta: Madrid: Ed. de Derecho Reunidas, 1979, p. 130). Em adendo argumentativo, Baumann pontifica que a pena deveria impor-se como consequência temporalmente imediata ao crime, pois, só assim, recairia sobre o réu tal como era no momento de delinquir e, somente assim, restituir-se-á a paz jurídica gravemente perturbada pelo delito (BAUMANN, Jurgen. *La situación del proceso penal en alemania*. Trad. Ursula Vestweber. *Justicia*, Barcelona, nº I, p. 87-108, 1983, p. 96).

<sup>649</sup> A hesitação em rever os atos internos, ainda que constitucionais, em face das, muitas vezes, conflitantes normas imperativas internacionais enfraquece a própria autoridade dos juízes e tribunais, pois impede que participem da consolidação da jurisdição internacional e diminui a camada de proteção normativa que poderia ser dada à ordem interna pelas normas internacionais. Assim, se um determinado tribunal nacional passa a desafiar a jurisprudência já consolidada de vários outros tribunais quanto à aplicação de uma determinada norma internacional – quando deixa de aplicar, por exemplo, diferentemente do que fazem os outros tribunais, uma determinada resolução da ONU, por entendê-la incompatível com sua ordem constitucional interna – corre o risco de ser marginalizado e posto fora de referência para fins de coalisão interinstitucional, em face de sua jurisprudência não refletir a prática geral dos Estados. Essa consequência pode ir além e colocar em risco a própria reputação de um Estado como um parceiro de confiança no processo de globalização (BENVENISTI, Eyal. *The Democratizing Effects of Transjudicial Coordination*, *Tel Aviv University Law School, Tel Aviv University Law Faculty Papers*, 2012, p.163).

ordenamentos nacionais, ancorados por normas harmônicas e por mecanismos de cooperação, podem moldar uma nova etapa evolutiva do Direito Penal internacional no enfrentamento da criminalidade<sup>650</sup>.

O exercício jurisdicional coletivo entre juízes e tribunais nacionais de vários Estados, sob bases normativas harmônicas e conduzido pelo estreitamento das relações processuais cooperadas -, cria um cenário de fortalecimento institucional e amplia o espaço de possibilidades para a disseminação das infrações penais de âmbito transfronteiriço. Se os poderes judiciários nacionais, apoiados pelos correspondentes poderes legislativos, optarem por realizar um projeto de entrelaçamento institucional e normativo, material e processual, poder-se-ia realizar, de forma mais eficiente, o verdadeiro papel dos Estados na proteção dos bens jurídicos de transcendência internacional. Essa semelhança normativa passa por uma postura de aproximação institucional e, obviamente, legislativa, propiciando, assim, uma prática judicial de coordenação e cooperação entre os diversos ordenamentos jurídicos, que passarão a atuar em regramentos legislativos de bases e conceituações comuns. O transcurso da globalização requer do Direito Penal também respostas fundamentalmente práticas, no sentido de uma abordagem mais eficaz da criminalidade, proporcionando uma resposta uniforme e, ao mesmo tempo, harmônica, à criminalidade transnacional, no sentido de se evitar o surgimento de áreas de desproteção da norma penal.

Observe-se, quanto a esse ponto, que a tendência de aproximação normativa entre os Estados não visa apenas à proteção de bens jurídicos internacionais, mas também à tutela, com maior eficácia, de bens jurídicos nacionais, que podem também ser atingidos pela criminalidade organizada transnacional. A tarefa do instituto da cooperação jurídica internacional diz respeito tanto à forma de ataques penalmente transnacionais como também estritamente nacionais. Assim, cooperando internacionalmente entre si, os tribunais nacionais não renunciam ao dever constitucional de proteção de seus respectivos ordenamentos jurídicos internos, tampouco é deixado de lado, com a referida postura coletiva, o interesse nacional inicialmente objetivado. Enquanto os tribunais locais voltarem sua atenção para os outros tribunais que estão lidando com os problemas globais

---

<sup>650</sup> Uma coalisão entre os vários juízes e tribunais nacionais também os ajuda a blindar seus respectivos Poderes Judiciários das consequências políticas e sociais internas negativas, frequentemente associadas a uma ação unilateral e supostamente afrontosa que invalide um ato governamental do Poder Executivo e Legislativo nacionais.

que seus Estados também enfrentam, sua missão, como guardiões da ordem jurídica interna, mantém-se praticamente intacta. Eles continuam a considerar-se, em primeiro lugar, como agentes nacionais, e sua motivação principal continua a ser o de proteger a regra do direito interno, em vez de supervisionar o regime de governança global ou de promover a justiça global<sup>651</sup>.

Esses motivos ensejam à conclusão de que a cooperação jurídica em matéria penal e processual penal, disseminada com base em uma estrutura normativa harmônica também nos dois ramos do Direito, oferece aos juízes e tribunais domésticos um caminho mais propenso à proteção dos bens jurídicos nacionais e internacionais, ampliando sua autoridade e fazendo cumprir sua função tradicional no desenvolvimento democrático de seu Estado<sup>652</sup>. No desenvolvimento dessa aptidão para criar um posicionamento interinstitucional comum entre os juízes e tribunais nacionais, há de se considerarem e se modularem, principalmente, as diferenças marcantes entre os tribunais de países de tradições jurídicas diferentes, cujas aplicações e interpretações normativas são susceptíveis de variar consideravelmente, à medida que se considerem as especialidades dos ordenamentos a que estão vinculados. A expansão e rotinização da cooperação jurídica internacional podem, incrementando os mecanismos nacionais de investigação e persecução processual penal, melhorar problemas estruturais de prestação jurisdicional dos ordenamentos jurídicos internos, conquistando, muitas vezes, pelo auxílio advindo da colaboração de tribunais estrangeiros, o solucionamento de crimes praticados dentro de suas fronteiras, mas que tenham alguma relação de internacionalidade com o território de outras jurisdições.

A realização dessas propostas de coordenação interjudicial não é, obviamente, de fácil concretização prática, já que, além da necessidade de invocação de normas internacionais por parte dos tribunais nacionais - normas essas de estrutura deficitária, ante o atual caráter fragmentado do sistema jurídico internacional -, o sucesso das medidas ressoa-se da necessidade de conjugação de esforços dos demais poderes constitucionalmente instituídos (Executivo e Legislativo), coparticipantes no processo

---

<sup>651</sup> SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. *La expansión del Derecho penal, Aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales*. Edisofer S.L. Libros Jurídicos. Editorial de Montevideo-Buenos Aires, 2011, p. 84, 92. Esse autor utiliza a expressão "paraísos jurídico-penais". De acordo com essa mesma conclusão: ARZT, Gunther. "Wissenschaftsbedarf nach dem 6" – Necessidades Científicas 6 - StrRG, ZStW 111, 1999, p. 758-766.

<sup>652</sup> BENVENISTI, Eyal. *The Democratizing Effects of Transjudicial Coordination*, Tel Aviv University Law School, Tel Aviv University Law Faculty Papers, 2012, p.168.

legislativo transnacional. Trata-se de responder à impotência dos ordenamentos nacionais no combate à criminalidade transnacional não só por culpa das instâncias de aplicação judicial do Direito, mas também por parte dos outros poderes políticos. Os problemas na perseguição penal surgem não apenas na ação penal em termos práticos, mas também no patamar legislativo, sendo esse um dos pontos que a proposta final da presente tese pretende contornar<sup>653</sup>.

## **7.2 - A inserção dos transplantes legais como mecanismo de desenvolvimento e aperfeiçoamento dos sistemas jurídicos da *Civil Law* e *Common Law***

No âmbito do conhecimento jurídico, o desenvolvimento e a captação de ideias advindas do uso do direito comparado<sup>654</sup> se apresentam como preocupação constante do aplicador e do intérprete da lei, especialmente dos juízes e tribunais. A circulação de ideias, assim, representa fato de vida e condição da própria utilidade da atividade intelectual<sup>655</sup>. A análise decisional que leva em consideração, para além dos elementos jurídicos internos, outros sistemas jurídicos, com seus institutos, métodos de interpretação e aplicação da norma, enriquece-se na busca de uma solução para problemas, na maioria das vezes, comuns<sup>656</sup>.

A história de um sistema jurídico é, em grande parte, uma história de empréstimos de regras e institutos de outros sistemas jurídicos e de assimilação de normas legais advindas de outros ordenamentos<sup>657</sup>. Desde a Antiguidade, os sistemas jurídicos desenvolveram-se através de “contaminações”, tendo os empréstimos de institutos de

---

<sup>653</sup> SIEBER, Ulrich. O Futuro do Direito Penal europeu – Uma nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu, in “Que futuro para o direito processual penal?”, Coimbra Editora, 2009, p. 467.

<sup>654</sup> Acerca da utilização e do propósito do direito comparado: ZWEIGERT, Konrad; KOTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law: v. 1 – The Framework*, 2. ed., 1987, p. 15–27; BOGDAN, Michael, *Comparative Law*, 1994, p. 27–30; Particularmente para sua potencial utilização no processo de reforma legal: ZWEIGERT, Konrad e KOTZ, Hein, *Op. cit.*, p. 15-16.

<sup>655</sup> Assim: "...the circulation of ideas is both a fact of life and a usefully enabling condition of intellectual activity" (SAID, Edward. *The World, the Text, and the Critic*, London: Faber and Faber, 1983, p. 226).

<sup>656</sup> Acerca da aplicação judicial do direito comparado, inclusive no que refere à jurisprudência de sistemas de diferentes culturas jurídicas: FAIRGRIEVE, Duncan. *Using Comparative Law before the Courts*, Disponível em: [http://www.Law.yale.edu/documents/pdf/conference/compadmin14\\_fairgrieve.pdf](http://www.Law.yale.edu/documents/pdf/conference/compadmin14_fairgrieve.pdf). Acesso em: 05 ago. 2015.

<sup>657</sup> POUND, Roscoe. *The Formative Era of American Law*, Little, Brown & Co., Boston, 1938, p. 94.

outros países sempre sido uma dinâmica cotidiana na evolução do Direito<sup>658</sup>. Essa contaminação de culturas legais, segundo Monateri, é a característica principal advinda dos transplantes e empréstimos de padrões legais, sendo a importação e exportação de regras e instituições um método quase inconsciente de integrá-los na ideologia do sistema de empréstimos<sup>659</sup>. O próprio desenvolvimento do *Common Law* inglês, do direito romano-germânico e o advento do constitucionalismo, na segunda metade do século XX<sup>660</sup>, são exemplos de fenômenos em que a circulação de normas legais e ideias mudaram não só sistemas legais, mas também o curso da história<sup>661</sup>. Essas transferências de ideias, normas e institutos de um para outro sistema jurídico, a depender do critério e do rigor com que seja realizado, permite, dentro da complexa dinâmica de processos que demandem auxílio e cooperação interjudicial entre Estados, uma resposta mais rápida e adequada à problemática posta em juízo, pois os sistemas jurídicos estariam, direta e intimamente, em contato<sup>662</sup>.

---

<sup>658</sup> A abundante significação que o estudo da história remete ao direito deste e de outros tempos, revela-se no fato de que este aponta não apenas o que o direito tem produzido, mas, essencialmente, o que o direito é (COLLINGWOOD, R.G. *A ideia de história*, Lisboa: Presença, 1972, p. 17). O entendimento acerca das identidades e dessemelhanças existentes entre os diversos corpos sociais, suas características e a relação com o direito produzido em cada uma dessas sociedades “para assim tentar mitigar o estranhamento que a distância histórica necessariamente interpõe entre o passado e o presente” (MAIA, P. P. *O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat como referência semântica na memória de Weimar*. UNB. Brasília, ago. 2007. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3525/1/2007\\_PauloSavioNPMaia.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3525/1/2007_PauloSavioNPMaia.pdf). Acesso em: 12 jan. 2015), permite sempre uma melhor compreensão do próprio sistema jurídico.

<sup>659</sup> MONATERI, Pier Giuseppe. *The ‘Weak Law’: Contaminations and Legal Cultures - Borrowing of Legal and Political Forms-*, Disponível em: <http://www.alanwatson.org/PGMonateri.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2009.

<sup>660</sup> Após a Segunda Guerra Mundial, os americanos, como líderes de uma coalizão de Nações vitoriosas, desempenharam um papel fundamental na elaboração de novas constituições para a Alemanha e o Japão. Essas constituições eram diferentes, em aspectos importantes, tanto do primeiro conjunto de constituições democráticas produzidas no século XVIII, nos Estados Unidos e na França, quanto das constituições imperiais do século XIX alemão e japonês Empires. Essa nova visão constitucional visou a incutir princípios e valores substantivos em uma constituição, à luz do sistema de desenvolvimento dos direitos humanos internacionais seculares, tornando-se a base para um sistema de aumento de legitimidade constitucional global. Esse sistema foi baseado na criação de normas para os limites do poder governamental na constituição dos Estados, concretizado no desenvolvimento de princípios internacionais de conduta, elaborado nos órgãos, cada vez mais, proeminentes do discurso global, incluindo as Nações Unidas e os sistemas regionais de direitos humanos (BACKER, Larry Catá. *God(S) over Constitutions: International and Religious Transnational Constitutionalism in the 21st Century*. Disponível em: <http://Law.mc.edu/files/3312/8086/4758/mootcourt27.011-066.pdf>). Acesso em: 05 ago. 2015.

<sup>661</sup> PERJU, Vlad F. *Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations*. In: *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 3.

<sup>662</sup> O Estado de Israel buscou o transplante e o empréstimo de normas com o fim de sinalizar ao mundo que seria capaz de cooperar internacionalmente, promovendo uma facilitação para reconhecimento e aceitação de seu sistema jurídico: LIKHOVSKI, Assaf. *Argonauts of the Eastern Mediterranean: Legal Transplants and Signaling*. Disponível em: <http://Law.huji.ac.il/upload/likhovski.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2015.

Antes mesmo de iniciado o processo – e ainda na fase da previsão normativa –, a própria dinâmica de “transplante legal”<sup>663</sup> interjurisdicional impõe um maior contato entre os sistemas jurídicos e permite, eventualmente, mudanças e aperfeiçoamentos em sua estrutura e mecanismos. Diga-se, neste momento, entretanto, que não se defende, aqui, nesta pesquisa, a mesma noção de Watson no sentido de inexistir uma estreita ligação entre a lei e a sociedade em que está inserida, já que, diferentemente do que sugere, primordialmente, esse autor, as leis de uma sociedade costumam, sim, desenvolver-se como uma consequência lógica da sua própria experiência<sup>664</sup>.

Não se reporta, aqui, entretanto, ao diametralmente oposto contraponto feito por Pierre Legrand, no sentido de que os transplantes legais são impossíveis devido à incapacidade de regras jurídicas de “viajar através das jurisdições, livres da história, epistemologia ou bagagem culturais”<sup>665</sup>. Legrand apontou as dificuldades de transplante<sup>666</sup> em função do processo de integração europeia, envolvendo o aumento da interação entre as duas principais tradições jurídicas da Europa Ocidental: *Common Law* e *Civil Law*. Segundo ele, o processo de integração realçou as diferenças entre os dois sistemas, não apenas no que diz respeito às leis substantivas dos países, mas, primordialmente, no que se refere às suas culturas jurídicas, havendo, em cada cultura, estruturas legais intangíveis sem as quais os intérpretes perderiam a própria referência normativa<sup>667</sup>.

---

<sup>663</sup> O termo deve-se à obra de Alan Watson, publicada na década de 70: WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Front Cover. Alan Watson. University Press of Virginia, 1974. Ver também quanto ao tema, do mesmo autor: WATSON, Alan. ‘*Legal Transplants and Law Reform*’, 1976, 92 *Law Quarterly Review*, p. 79; WATSON, Alan. ‘*Comparative Law and Legal Change*’, 1978, 37 *Cambridge Law Journal*, p. 313. Propondo uma terminologia diferente (“transposição legal”), ver: ORUCU, Esin, ‘*Law as Transposition*’, 51 *International and Comparative Law Quarterly* 2002, 205–6.

<sup>664</sup> WATSON, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Front Cover. Alan Watson. University Press of Virginia, 1974.

<sup>665</sup> Assim, textualmente: “...travel across jurisdictions ... unencumbered by historical, epistemological, or cultural baggage” (LEGRAND, Pierre. ‘The Impossibility of “Legal Transplants”’, 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, 111, 113–14). Também nesse sentido: FRANKENBERG, Günter. ‘*Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law*’ (1985) 26 *Harvard International Law Journal* 411, especialmente 442–3. Para uma análise do debate entre Watson e Legrand, ver: FORSYTH, Anthony. *The Transplantability Debate in Comparative Law and Comparative Labour Law: Implications for Australian Borrowing from European Labour Law*, Center for Employment and Labour Relations Law The University of Melbourne, Working Paper no. 38, June 2006; FRIEDMAN, Lawrence, ‘*Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants*’ In: David Nelken and Johannes Feest (eds), *Adapting Legal Cultures* (2001) 93.

<sup>666</sup> A questão de saber se as leis podem ser transferidas ou “transplantadas” com sucesso de um sistema legal para outro, tornou-se, ademais, um tema central de discussão no direito comparado. (SHKESINGER, Rudolf. *Comparative Law: Cases – Text – Materials*, 6 ed, 1998, p. 13)

<sup>667</sup> LEGRAND, Pierre. ‘*Legal Traditions in Western Europe: The Limits of Commonality*’ in R Jagtenberg, E Örüçü and A J de Roo (eds), *Transfrontier Mobility of Law*, 1995, pp. 63, 68–82.



Ainda segundo ele, as diferentes maneiras em que as duas tradições jurídicas pensam, aprendem, escrevem e compreendem a lei são o que realmente importa para determinar as perspectivas para a transferência de regras e instituições jurídicas entre eles<sup>668</sup>, e conclui, ilustrando que os advogados escolarizados na tradição do *Common Law* nunca serão capazes de ler, interpretar e aplicar os códigos do *Civil Law* da forma como os advogados civilistas o fazem, enquanto os advogados civilistas teriam dificuldades semelhantes em enxergar a legislação insular do modo como advogados da *Common Law* o fazem<sup>669</sup>.

Muito embora a conclusão de Legrand não possa ser totalmente afastada – eis que, verdadeiramente, uma regra transplantada não será assimilada da mesma forma que o foi em sua sociedade originária –, seu discurso é falho pelo fatalismo, ao desconsiderar que, permanecendo ou não inalterada a regra transplantada, o seu impacto em um novo ambiente social pode ser diferente para melhor, significando um aperfeiçoamento no âmbito jurídico do novo sistema. A inserção de um instituto estrangeiro em outro sistema jurídico pode, sem nenhuma dúvida, desenvolver e aperfeiçoar o seu funcionamento. Nesse ponto, Legrand simplesmente desconsidera muitos exemplos de transferências legais bem sucedidas que ocorreram entre as sociedades ocidentais<sup>670</sup>.

Segundo Teubner, as transferências são até relativamente fáceis de serem empreendidas em áreas do Direito que não têm contato muito estreito com os processos sociais, havendo, entretanto, uma maior resistência à mudança onde as leis são intimamente ligadas com discursos sociais<sup>671</sup>. O autor ilustra essa sua referência mencionando a implementação, na Grã-Bretanha, da diretiva de Defesa do Consumidor (*Consumer Protection Directive*), quando do advento da Comunidade Europeia, em 1994, apontando a dificuldade que envolveu a adaptação da noção continental do princípio da

---

<sup>668</sup> FORSYTH, Anthony. *The Transplantability Debate in Comparative Law and Comparative Labour Law: Implications for Australian Borrowing from European Labour Law*, Center for Employment and Labour Relations Law The University of Melbourne, Working Paper no. 38, June 200., p. 7.

<sup>669</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>670</sup> Nesse sentido, verificar a introdução, já no século XXI, no Brasil, da súmula vinculante e da repercussão geral, que têm forte apelo de *stare decisis* típico do *Common Law*: GAROUPA, Nuno. *Stare Decisis and Certiorari Arrive to Brazil: A Comparative Law and Economics Approach*. Disponível em: <http://Law.emory.edu/eilr/content/volume-26/issue-2/recent-developments/stare-decisis-and-certiorari-arrive-to-brazil.html>. Acesso em: 06 ago. 2015.

<sup>671</sup> TEUBNER, Günter. 'Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences', 61 *Modern Law Review* 11, 1998, p. 17-20. Ainda sobre o tema, o mesmo autor: TEUBNER, Günter, 'Autopoietic Law' in Gunther Teubner (ed), *Autopoiesis in Law and Society*, 1987.

boa-fé ao direito dos contratos britânicos<sup>672</sup>. De todo modo, o processo de transposição é sempre complexo e dificultoso, mesmo entre os sistemas da mesma tradição jurídica<sup>673</sup>.

No modelo brasileiro, por exemplo, as influências recíprocas dos modelos norte-americano e europeu continental são evidentes em matéria de jurisdição constitucional, não se podendo afirmar que a influência do direito continental foi mais facilmente assimilável pelo fato de fazer parte da mesma família jurídica<sup>674</sup>. Abordagem parecida foi feita por Caenegem, ao concluir que a diferença entre a Inglaterra e o resto da Europa, inclusive, em boa medida, a Escócia, é muito mais profunda que as diferenças entre os países continentais e os Estados da América do Norte<sup>675</sup>. Verdadeiramente, as teses antagônicas de Watson e Legrand pecam pelo radicalismo. O entendimento de Watson de que as leis podem ser transferidas sem levar em consideração os contextos políticos, sociais ou culturais é por demais simplista. Por outro aspecto, embora Legrand esteja certo em apontar que as diferenças culturais, especialmente aquelas relacionadas à cultura jurídica, são determinantemente significativas para a transferência das leis, esse autor exagera a importância da cultura, retratando-a como um obstáculo insuperável para o transplante de regras jurídicas, desconsiderando a verdade fática incontestável de que os transplantes podem e ocorrem com frequência.

Defende-se, nesta pesquisa, portanto, – talvez em uma tentativa de busca de um meio termo –, que as normas e institutos de um sistema jurídico pertencentes a uma determinada sociedade possam, eventualmente, ser emprestados com aproveitamento e precisão em ordenamentos jurídicos de outras sociedades, muito embora, a maioria das normas e institutos não funcionem bem em uma sociedade muito diferente daquela para a qual foram originalmente criados. As diferenças entre os sistemas jurídicos não devem ser desconsideradas, mas, da mesma forma, devem-se levar em consideração as semelhanças entre os sistemas<sup>676</sup>, devendo uma e outra coisa serem pressupostos da extensão daquilo

---

<sup>672</sup> TEUBNER, Günter. *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, 61 *Modern Law Review* 11, 1998, p. 20.

<sup>673</sup> Nesse sentido: ORUCU, Esin. *Law as Transposition*, 51 *International and Comparative Law Quarterly* 2002, p. 222.

<sup>674</sup> A esse respeito, BAPTISTA, Felipe Derbli C. *A Evolução Histórica da Jurisdição Constitucional e sua Influência no Direito Constitucional Brasileiro*. R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (57) 2003, p. 170-174.

<sup>675</sup> VAN CAENEGEM, R. C. *Juízes, Legisladores e Professores*. (Coletânea Teoria e Filosofia do Direito). Rio de Janeiro: Ed. Campus Jurídico, Elsevier, 2010, p. 01.

<sup>676</sup> Bem assim: FORSYTH, Anthony. *The Transplantability Debate in Comparative Law and Comparative Labour Law: Implications for Australian Borrowing from European Labour Law*, op. cit. p.9; WATSON, Alan. *Legal Transplants and European Private Law*, op. cit., 315.

que for transplantado. A extensão e adequação da lei transplantada é que, realmente, dirá o real benefício da adoção no ordenamento jurídico destinatário de modelos jurídicos estrangeiros<sup>677</sup>.

Ainda no debate de transferistas e culturalistas, o que se observa é que, tanto Watson, em seu texto original e desdobramentos subsequentes – o que sobressai do que Ewald<sup>678</sup> chamou de *strong Watson* e *weak Watson* –, quanto Legrand, representam polos que se distanciam da realidade epistemológica e histórica dos transplantes, de modo que se impõe, para o entendimento do fenômeno, uma saída menos extremada, menos ideológica e mais pragmática, sem perder o lastro filosófico necessário ao seu manejo. Nisso, pode-se mesmo apontar que ambas as teorias têm inconsistências que emanam do já ressaltado radicalismo.

Watson fala em sucesso de transplantes independentemente de tempo e espaço, porque se refere à efetividade do transplante como o momento em que há a recepção formal do objeto transplantado, desprezando-se os efeitos que venha a produzir<sup>679</sup>. Assim, Watson não se apegua a algo essencial de qualquer sistema jurídico, que é o fato de que a sociedade sempre vislumbra um resultado, ao implantar uma norma, seja ou não por empréstimo, e de que esse vislumbre envolve expectativas culturalmente elaboradas. Mais além, ainda que tais expectativas iniciais não venham a ser alcançadas, os resultados que vierem a ser produzidos somente o serão dentro de um contexto de cultura, tanto ampla como jurídica. Vale dizer: Watson, se não despreza, negligencia que qualquer

---

<sup>677</sup> Além da ideia de transplante legal, acima posta, outras propostas metodológicas no campo do Direito Constitucional apresentaram metáforas para tentar enfrentar o fenômeno de interferências recíprocas de ideias, leis e institutos entre sistemas jurídicos diferentes. Cumpre salientar que essas transferências recíprocas podem dizer respeito também à interrelação entre sistemas nacionais e supranacionais. CHOUDHRY, Sujit (org.). *The Migration of Constitutional Ideas*. New York: Cambridge University Press, 2006, p.13. Assim, resumidamente, a partir de uma lista apresentada por Perju, podem-se citar: transplantes (*transplants*) e empréstimos (*borrowings*) como sinônimos; circulação (*circulation*) e migração (*migration*) também como outros sinônimos; difusão (*diffusion*); fertilização-cruzada (*cross-fertilization*); articulação (*engagement*); influência (*influence*); transmissão (*transmission*); transferência (*transfer*); e recepção (*reception*) (PERJU, Vlad F. *Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations*. In: *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 3). A profusão de metáforas, certamente, se origina na insuficiência do termo transplante para abranger a inteireza do fenômeno, embora, talvez, encontra-se um termo que o faça em relação a algo tão complexo seja uma tarefa inatingível.

<sup>678</sup> EWALD, William. *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, Disponível em:

[http://apps.osgoode.yorku.ca/Quickplace/jinyanli/PageLibrary852577C100504974.nsf/0/CBAA19F7D86D345C852577C100506B22/\\$file/the%20logic%20of%20legal%20transplants.pdf](http://apps.osgoode.yorku.ca/Quickplace/jinyanli/PageLibrary852577C100504974.nsf/0/CBAA19F7D86D345C852577C100506B22/$file/the%20logic%20of%20legal%20transplants.pdf). Acesso em 12/08/2015.

<sup>679</sup> Segundo o autor, não se pode duvidar de que uma regra transplantada de um país para outro - da Alemanha ao Japão, por exemplo - pode igualmente operar efeitos diferentes nas duas sociedades, mesmo que ela seja expressa em termos aparentemente similares nos dois países (WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, op. cit., p. 316).

transplante legal terá de se operar em um ambiente de cultura e estará condicionado por questões culturais, o que será determinante para sua efetividade.

Legrand, a seu turno, na esteira do que já foi dito acima, parece mais aceitar que a harmonização de normas transplantadas e a convergência de sistemas jurídicos são possíveis em algum grau (mas são indesejadas), que advogar a sua impossibilidade<sup>680</sup>. Ele aborda e afirma defender a impossibilidade absoluta dos transplantes legais, porém também dedica bastante tempo a demonstrar as dificuldades de um processo de transplante, de maneira a, indiretamente, admitir que transplantes são, sim, possíveis. Legrand, ao abordar normas jurídicas no sentido em que Watson as toma, como normas de direito positivo, defende que as normas só são as mesmas, enquanto restritas a seu universo semântico, de modo que o transplante legal para um novo ambiente de cultura conferiria à norma um sentido que lhe modificaria a própria essência<sup>681</sup>.

Legrand ignora, de tal sorte, não só a vastidão de experiências históricas de transplantes legais efetivos, ainda que entre sistemas de culturas jurídicas bastante diferentes, mas casos como o da Turquia (sob a condução de Atatürk)<sup>682</sup> ou o do Japão (desde o fim do século XIX, até o período pós-Segunda Guerra), em que sistemas jurídicos inteiros foram reformados com base em modelos cautelosamente escolhidos e em que houve a adoção de códigos europeus de *Civil Law*. Nesses dois casos, a cultura jurídica mais foi amplamente influenciada pelos transplantes do que os condicionou, pois se tratava de sociedades em busca de transformações que se pretendiam atingir por meio da importação normativa e de estruturas. Vê-se, portanto, que Legrand não teve em conta que também a cultura, especialmente a jurídica, era influenciada, no caso de um transplante, de modo que não se trata de um enxerto fadado à rejeição, mas também de um passo complexo como qualquer fenômeno político-social. Legrand, assim, radicaliza sua posição por ignorar a profundidade da dinâmica que pode envolver os processos de assimilação aqui denominados transplantes legais.

---

<sup>680</sup> NELKEN, David. *The Meaning of Success in Transnational Legal Transfers*. Windsor Y.B., 2001, p. 349-351.

<sup>681</sup> LEGRAND, Pierre. 'The Impossibility of "Legal Transplants"', 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, p. 111.

<sup>682</sup> ELVER, Hilel. 'Transplantation of Law from West to the East: The Case of Turkey'. Paper presented at the annual meeting of the The Law and Society Association, Renaissance Hotel, Chicago, Illinois, May 27, 2004, Disponível em: [http://www.allacademic.com/meta/p117264\\_index.html](http://www.allacademic.com/meta/p117264_index.html). Acesso em 12 ago.2015.

Na busca de posições menos dramáticas que as polarizações de Watson e Legrand, ou, ainda, na linha das chamadas teorias do espelhamento sociocultural que primeiro motivaram a exposição de Watson, não foram poucos os estudiosos que se debruçaram sobre os transplantes legais, buscando explicá-los e entendê-los<sup>683</sup>. Considerando os polos de Watson e Legrand e cotejando as macroideias irradiadas de inúmeras outras proposições teóricas acerca dos transplantes legais, nada há que possa, refutar a realidade, até agora posta, de que houve e há, em curso, transplantes e empréstimos e de que todos eles foram originados e condicionados, em maior ou menor grau, por elementos de cultura<sup>684</sup>.

Não se adentrará a discussão acerca do que são as balizas para aferição do sucesso ou insucesso de um transplante legal, por ser discussão longa, controversa e que escapa ao interesse deste estudo, em que se considera o efeito da inserção para desenvolvimento e aperfeiçoamento dos sistemas jurídicos de cooperação penal internacional. Em resumo, sem pretensão de explicação da inteireza do fenômeno dos transplantes, mas com apego à questão de sua possibilidade e de sua necessária vinculação cultural, pode-se afirmar que nenhuma abordagem válida dos transplantes legais pode, portanto, desvincular-se do fato de que a norma transplantada nasce num campo cultural e é fertilizada em um ambiente de cultura único, o que, todavia, não implica espelhamento

---

<sup>683</sup> Além de Teubner, com sua teoria de irritantes legais (*legal irritants*), já mencionado acima, destaca-se, tão-somente para ilustrar William Ewald, abordando Watson, foi enfático, ao demonstrar que o que chamou de *strong Watson* deveria ser refutado, ante sua pretensão de desvincular o transplante de sua origem e resultado sociais e culturais, enquanto que o que denominou *weak Watson* era um tanto irracional, mas findava por admitir elementos de cultura social em relação aos transplantes e empréstimos, isto é, não se mostrava uma teoria tão polar e radical. (EWALD, William. *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, Disponível em: [http://apps.osgoode.yorku.ca/Quickplace/jinyanli/PageLibrary852577C100504974.nsf/0/CBAA19F7D86D345C852577C100506B22/\\$file/the%20logic%20of%20legal%20transplants.pdf](http://apps.osgoode.yorku.ca/Quickplace/jinyanli/PageLibrary852577C100504974.nsf/0/CBAA19F7D86D345C852577C100506B22/$file/the%20logic%20of%20legal%20transplants.pdf). Acesso em: 12 ago. 2015). Kahn-Freund, a despeito de sua forte ancoragem nas ideias de Montesquieu no sentido da vinculação de uma norma ao ambiente geográfico, histórico ou econômico em que florescera, veio a defender que, nos últimos dois séculos, os elementos de vinculação legais mais importantes seriam a estrutura macropolítica, a distribuição de poderes e o papel de grupos de interesse socialmente organizados – do que se entende que Estados com estruturas sociopolíticas relativamente semelhantes, ainda que com histórias e geografias distintas, poderiam ter transplantes bem-sucedidos (KAHN-FREUND, Otto. 'On Uses and Misuses of Comparative Law', 37 Mod Ed. Rev, 1974, pp. 1-7, 11-13) (FORSYTH, Anthony, *The Transplantability Debate in Comparative Law and Comparative Labour Law: Implications for Australian Borrowing from European Labour Law*, op. cit., pp. 3-4). Monateri, por sua vez, desenvolveu uma abordagem estratégica aos transplantes, concluindo que o significado que emerge das instituições emprestadas depende unicamente do resultado do embate entre os componentes do sistema receptor, que, quase sempre, produzirá algo diferente do original (MONATERI, Pier Giuseppe. *The 'Weak Law': Contaminations and Legal Cultures - Borrowing of Legal and Political Forms*, op. cit.).

<sup>684</sup> Para uma leitura sobre a identificação do direito a partir de formas de cultura aproximadas, ver: PÉREZ-PRENDES, José Manuel. *Sobre El conocimiento histórico del derecho*. In: *Estudios de Deusto*, v. XVII, fasc. 36-38, jan./dez. 1969, p. 337-403).

de uma realidade social que inviabilize experiências para fora dela; que as escolhas que levam ao transplante podem ser mais ou menos socialmente sensíveis e, assim, mais ou menos culturalmente relevantes, a depender do que será com ele transformado; que o ambiente de cultura em que será inserido o transplante, depois de sua implementação, determinante para que o transplante venha a brotar e a frutificar de funções relevantes às quais se lhe projetava ou, até mesmo, ser socialmente rejeitado, a ponto de necessitar de extirpação ou de medidas de educação ou de reforço para que enraíze<sup>685</sup>.

Evidente, assim, que Watson e Legrand só têm sentido para além do debate científico, quando combinados para se admitir que os transplantes têm condicionantes culturais, mas que não os impossibilitam, embora interfiram, de forma decisiva, em todo o processo. Em outras palavras, repisando o que já foi dito ao longo do texto, os transplantes legais são possíveis, como afirmava Watson, mas têm implicações e vinculações culturais relevantes, como defendia Legrand, de maneira que, evidenciando a imensa complexidade de tais fenômenos jurídico-político-sociais, os resultados eventualmente pretendidos com o empréstimo serão moldados por uma infinidade de variáveis de representatividade cultural – com destaque para as sociais e econômicas – que envolvem toda a teia do transplante, desde o Estado de onde se buscou a estrutura, até reflexos do local de transplante que reflitam naquele Estado, passando, obviamente, pelo local em que é implantada a estrutura. Esse fenômeno, também como já destacado, tem sido uma das pedras angulares do desenvolvimento dos diversos sistemas jurídicos, em especial, os de *Common Law* e de *Civil Law*, bem assim, do próprio Direito.

---

<sup>685</sup> Abordagem um tanto fatalista, mas interessante pelo enfoque nos diversos elementos de cultura envolvidos em transplantes (TAMANAHAN, Brian Z. *The Primacy of Society and the Failures of Law and Development*. Disponível em: <http://www.Lawschool.cornell.edu/research/ILJ/upload/Tamanaha-final.pdf>. Acesso em: 12 ago.2015).

**PARTE IV**

***CIVIL LAW E COMMON LAW: DA DISTINÇÃO À  
CONVERGÊNCIA ENTRE OS DOIS SISTEMAS***

## CAPÍTULO 8

### AS CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS NACIONAIS

#### 8.1 - Exame das divergências do sistema acusatório e inquisitorial

Quando da criação da Comunidade Europeia, vislumbrava-se, para o seu futuro sistema jurídico, uma forte perspectiva de alinhamento com o sistema jurídico da família da *Civil Law*. Nos idos de 1970, entretantes, com o ingresso de países de sistema jurídicos rigorosamente adeptos às tradições da *Common Law*, como foi o caso da Inglaterra e da Irlanda, a estrutura jurídica da Comunidade teve que, necessariamente, agregar, sob suas hostes, as duas concepções de direito, fato que contribuiu grandemente para que aspectos de um sistema passassem a se infiltrar no outro<sup>686</sup>. As antigas nações socialistas, incluídas as europeias<sup>687</sup>, por imposição da própria transição de regime, passaram a empreender reformas normativas voltadas a modificar a própria estrutura de seus procedimentos criminais<sup>688</sup>, dirigidas especialmente à harmonização das constituições e legislações nacionais de acordo com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>689</sup>, à previsão de princípios fundamentais do processo penal nas novas Constituições<sup>690</sup> e à incorporação dos atos do Conselho da Europa no domínio da cooperação internacional em matéria criminal<sup>691</sup>.

---

<sup>686</sup> Segundo Dias, nas últimas décadas, passos decisivos têm sido dados no sentido de uma aproximação desses dois modelos. Nessa toada, aduz que a figura e a função de um Ministério Público politicamente autônomo e processualmente objetivo, interessado na verdade material e na justiça do caso, vem ganhando lugar no sistema anglo-saxão, ao passo que princípios e institutos muito próximos do processo penal anglo-americano vêm ganhando assento na prática do processo penal de modelo europeu continental: ampliação do princípio da oportunidade, realização do princípio da igualdade de armas em um modelo de audiência adversarial e aceitação do *plea bargaining*. (DIAS, Jorge de Figueiredo, *O Processo Penal Português: problemas e prospectivas*. In: *Que futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra Editora, 2009, p. 807).

<sup>687</sup> Quanto aos estudos comparados do Direito Penal e Processual Penal europeu na última década do século XX, ver: VAN DEN WYNGAERT, C. *Criminal Procedure Systems of European Community*, Butterworths: London, 1993.

<sup>688</sup> JEAN, Pradel. *Transition of Criminal Procedure Systems*, v. 2, Editor Berislav Pavišić, Rijeka, 2004, p. 30.

<sup>689</sup> JEAN, Pradel. *General report*. In: *Comparative Criminal Justice Systems: From Diversity to Rapprochement*, International Association of Penal Law, Bordeaux, 1998, p. 529 - 541.

<sup>690</sup> BLAKESLEY, Christopher L. *Impact of Constitutionalism on Criminal Justice Systems-Synthesis Report*, In: *Comparative Criminal Justice Systems. From Diversity to Rapprochement*, International Association of Penal Law, Bordeaux, 1998, p. 201-205.

<sup>691</sup> JEAN, Pradel. *Droit pénal européen (European Criminal Law)*, Dalloz: Paris, 2002, p. 26 - 35.

Ver, também, Recomendação 1996-8 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, *Europe in a time of*



Não se quer tratar, aqui, com essa afirmação, acerca do início do processo de convergência entre os sistemas<sup>692</sup>. O embrião do desenvolvimento da aproximação remonta, segundo alguns autores, à segunda metade do século XVIII, com o desencadeamento da Revolução Francesa. No contexto revolucionário, os países de tradição civilista, ante a pressão gerada pelo processo reformista e as críticas advindas dos filósofos iluministas, passaram a fundir, em seus sistemas, algumas técnicas do sistema acusatório sugerido pelo sistema jurídico da *Common Law*. Trifferer aponta que, em toda a Europa, os reformadores buscavam concretizar as demandas advindas das ideias revolucionárias, de modo a estabelecer garantias para a liberdade humana contra a arbitrariedade descontrolada dos monarcas absolutos e do poder do Estado<sup>693</sup>. Vogler comenta que, durante a fase dos julgamentos, a França assimilou as técnicas do sistema acusatório inglês e americano, os quais foram entusiasticamente defendidos por Robespierre e pelos revolucionários de 1792<sup>694</sup>. Cumpre asseverar que também os Estados Unidos da América sofreram, reciprocamente, influência do modelo ordenado nos sistemas dos países continentais<sup>695</sup>.

Hodiernamente, tanto o sistema da *Common Law* quanto do direito continental exigem, no desenvolvimento de seus processos penais, um compromisso com a liberdade individual e a garantia de igualdade de condições dentro da administração da justiça criminal. Cunha Rodrigues, citando Figueiredo Dias, atesta que a concepção democrática do processo tem, por base, a ideia de que é o indivíduo, dotado dos seus direitos naturais originários e inalienáveis, que deve estar no centro das considerações. Para que o indivíduo surja como verdadeiro sujeito do processo, armado com o seu direito

---

*change: crime policy and criminal Law.* Disponível em: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=557771&Site=CM>, Acesso em: 08 jul. 2013, às 14:10 h.

<sup>692</sup> Para um apanhado histórico da tradição acusatória e inquisitória, além de uma análise comparada de outros modelos de processo penal, ver: MENDES, Paulo de Souza, Lições de Direito Processual Penal, Almeidina, 2013, p. 21 e seguintes.

<sup>693</sup> TRIFFERER, Otto. *Austrian/European Criminal Procedures Between Dogmatism and Pragmatism: The Evolution of Contemporary Experiences in Codification and Legislative Practices*, in *Les systèmes comparés de justice pénale: de la diversité au rapprochement = Comparative criminal justice systems: from diversity to rapprochement*, Syracuse, Italy, 1998, p. 468.

<sup>694</sup> VOGLER, Richard Vogler. *Criminal Procedure in France*. In: *Comparative criminal Procedure*. John Hatchard et al. eds., 1996, p. 17.

<sup>695</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. As relações entre o Ministério Público e o juiz de instrução criminal, ou a matriz de um processo penal europeu. In: “Que futuro para o direito processual penal?”, Coimbra Editora, 2009, p. 715. Enfatizando as influências mútuas dos dois modelos, ver: ainda, CUNNHA RODRIGUES, José Narciso da. *A Justiça dos dois lados do Atlântico - II. O processo penal em Portugal e nos Estados Unidos. Dois sistemas jurídicos em busca da justiça*. Fundação Luso-Americana, out. 1998, p. 16.

de defesa e as suas garantias, há que se estabelecer uma ordenação limitadora do poder do Estado para que este não aniquile a liberdade individual ou a personalidade ética<sup>696</sup>.

Em ambos, a justiça criminal é assegurada por meios estruturais fincados na separação de poderes e no reconhecimento processual dos direitos de defesa dos acusados<sup>697</sup>. No campo do processo penal, praticamente inexitem países que assimilem puramente o sistema acusatório - tradicionalmente ocupado por países do *Common Law* - ou o sistema inquisitorial<sup>698</sup> - tradicionalmente ocupado por países do *Civil Law* -. Os empréstimos entre os dois têm sido tão grandes que já não é possível classificar qualquer um dos sistemas de justiça penal na Europa Ocidental como inteiramente acusatório ou totalmente inquisitorial<sup>699</sup>. Segundo Goldstein, os retratos tradicionais de sistemas acusatório e inquisitório são, naturalmente, idealizações<sup>700</sup>. Processos penais europeus não são mais puramente inquisitoriais nem o processo penal americano é puramente acusatório<sup>701</sup>. Para o autor, já havia uma tendência central de que os também tivessem elementos acusatórios e sistemas mistos, caminhando para papel de proteção mais explícita para o acusado<sup>702</sup>. Assim é que, segundo atesta Badaró, a dicotomia entre acusatório e inquisitório tem sido, cada vez mais, questionada, na medida em que não existem sistemas puros<sup>703</sup>, mas apenas modelos predominantemente acusatórios ou inquisitórios<sup>704</sup>.

---

<sup>696</sup> CUNHA RODRIGUES, José Narciso. Sobre o Princípio da Igualdade de Armas. In: *RPDC*, ano I, Fase. 1, jan./mar. 1991, p. 84.

<sup>697</sup> Sobre a estrutura do sistema acusatório e sua repercussão no direito de defesa e contraditório, *ver*: BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Direito Processual Penal I, Objeto do Processo, Liberdade de Qualificação Jurídica e Caso Julgado*, Lisboa, 2001, p. 36.

<sup>698</sup> Esse modelo subsistiu em praticamente todos os ordenamentos jurídicos europeus dos séculos XVII e XVIII (CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Sumários de Processo Criminal*. Coimbra 1968, p. 23). Não se deve confundir, por óbvio, a noção que hoje se dá ao termo inquisitorial com o sentido verdadeiramente inquisitório que caracterizou o modelo canônico medieval, que enxergava o juiz como inquisidor e senhor absoluto e único de um sistema processual que só existia na aparência e execrava todos os direitos mais básicos do acusado na busca da verdade a todo e qualquer custo, inclusive através da tortura.

<sup>699</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, 2002, p. 5, Disponível em: <http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam041/2002073784.pdf>, Acesso em: 18 jul. 2013, às 9 h.

<sup>700</sup> GOLDSTEIN, Abraham S. *Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Procedure*, *Stanford Law Review* 09, 1974, p. 1009.

<sup>701</sup> Ibid.

<sup>702</sup> Ibid.

<sup>703</sup> Predomina o sistema acusatório, em que o juiz ainda preserva um poder de investigação pessoal do fato imputado, sem vinculação aos meios de prova propostos pela acusação e pela defesa (*princípio da instrução*) (ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht – Direito Penal*, 22 Auflage, Munchen, Beck, 1991, p. 1□5).

<sup>704</sup> BADARÓ, Gustavo. A utilização da *hearsay witness* na Corte Penal Internacional, Estudo sobre sua admissibilidade e valoração, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* – [www.zis-online.com](http://www.zis-online.com), abril 2014, p. 177-188. Zappalà atesta que o Tribunal Penal Internacional adotou um sistema misto, conjugando características de um modelo acusatório – influenciado pelo direito norte-americano - e de um

A grande maioria dos países democráticos de ambas as tradições jurídicas, especialmente no território europeu, tendem a implementar uma estrutura basicamente acusatória – mas não puramente, reitere-se -, tendo em vista que a escolha ideológica de uma base processual assentada na acusatoriedade é uma exigência da própria ascendência do princípio democrático nos atuais Estados de Direito<sup>705</sup>. Nesse sentido, o processo penal alemão apresenta conformidade com o modelo acusatório puro na medida em que as funções de persecução penal e de julgamento são divididas entre dois órgãos, Ministério Público e juiz, independentes entre si, restando o juiz de conhecimento afastado de qualquer atividade instrutória na fase preparatória do processo<sup>706</sup>. Jescheck, entretanto, deixando espaço para enquadrar o ordenamento jurídico alemão como sendo misto, destaca que o processo penal germânico, que segue ainda fundado sob o Código de 1877, é um processo acusatório, o qual, todavia, por causa da obrigação do juiz de investigar a real situação de facto (*Aufklärungspflicht*) e de estar vinculado à verdade material, apresenta traços fortemente inquisitórios<sup>707</sup>.

---

modelo inquisitorial – que marca os países de tradição continental (ZAPPALÀ, Salvatore, *The Rome Statute of the International Criminal Court, a commentary*. In: Cassese/Gaeta/Jones [eds.], 2009, v. 2, p. 1320).

<sup>705</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 35. Ver, por exemplo, a evolução do processo penal português, anteriormente inquisitorial (Código de Processo Penal Português de 1929) e, hodiernamente, a partir da Constituição da República Portuguesa de 1976, assentado, no dizer de Dias, no princípio da “máxima acusatoriedade possível” (DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português, *RPCC*, 18, 2008, p. 368). Destacando o caso português, ver: DIAS, Jorge de Figueiredo. Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do Código de Processo Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: a. 8, fasc. 2º, p. 202. Antes: DIAS, Jorge de Figueiredo. O defensor e as declarações do arguido em instrução preparatória. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Coimbra, a. XVIII, p. 159-226, 1971, p. 182; DIAS, Jorge de Figueiredo. A nova constituição da república e o processo penal. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a. 36, p. 99-109, 1976, p. 105; Idem, *Direito processual penal. Lições...*, cit., 51. Ainda: DIAS, Jorge de Figueiredo, *Due diverse incarnazioni del modello accusatorio*. In: *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero*,. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, p. 169-184, 1991; DIAS, Jorge de Figueiredo. A revisão constitucional e o processo penal. In: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. *A revisão constitucional o processo penal e os tribunais*. Lisboa: Livros Horizonte LDA, p. 43-56, 1981, p. 50. Apontando a semelhança entre os modelos português e alemão: ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 204.

<sup>706</sup> ROXIN, Claus; SCHUNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*, 26. ed., Munchen: C. H. Beck, 2009, p. 87.

<sup>707</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Il nuovo codice di procedura penale italiano visto dalla germania*. In: *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero*. Atti Del Seminário di Torino 4-5 maggio 1990. A cura di Mario Chiavario. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, p. 29-45, 1991, p. 29-45, p. 32. Apontando elementos inquisitoriais no sistema alemão, cite-se: HASSEMER, Winfried. Introdução aos Fundamentos do Direito Penal, [Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva, de Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. edição, 1990], 2005, Porto Alegre: Fabris Editor, p. 163; MAIWALD, Manfred. II processo penale vigente in Germania, In *Quaderni di procerua penale e diritto processuale comparato*, Messina, a.1, n. 1, 1992, p. 10.

Assim, muitos países, mesmo depois de diversas reformas estruturalmente voltadas a afastar a tradição inquisitorial, embora afirmem a sua adequação normativa à disciplina acusatória, não o fazem de forma puramente acusatória. Assim, segundo Dias, o modelo europeu continental, caracterizado “por uma estrutura basicamente acusatória integrada por um princípio subsidiário e supletivo de investigação”, conforme definido por Roxin, carrega ainda o estigma de um “inquisitório mitigado”, que lhe advém sobretudo da existência de um acusador público (o Ministério Público). O modelo anglo-saxão, entretanto, segundo o autor, radica em uma estrutura puramente acusatória, “de pugna judiciária arbitrada pelo juiz e que se deseja igualitária e leal”<sup>708</sup>. A previsão expressa do referido princípio é ainda muito rara nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, sendo exceção, mais uma vez, o regime constitucional português<sup>709</sup>. Segundo Salo de Carvalho, muito embora a prática inquisitorial tenha sido erradicada formalmente no século XIX, quando os Tribunais do Santo Ofício foram extintos em Portugal e Espanha, “sua matriz material e ideológica predominará na legislação laica, orientando a tessitura dos sistemas penais da modernidade”<sup>710</sup>. Podemos citar, a título de exemplo, o ordenamento jurídico-processual brasileiro, em que, mesmo com as recentes reformas do Código de Processo Penal (incluindo as Leis n. 11.689, 11690 e 11719, todas de 2008), manteve-se fincado, em aspectos primordiais, na estrutura inquisitorial. A discricionariedade instrutória do juiz ainda aparece enraizada em diversos artigos do Código de Processo Penal brasileiro<sup>711</sup>. Há,

---

<sup>708</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, O Processo Penal Português: problemas e perspectivas, *in Que futuro para o Direito Processual Penal?* Coimbra Editora, 2009, pp. 807.

<sup>709</sup> Nesse sentido: “O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório” (Art. 32, 5, da Constituição da República Portuguesa).

<sup>710</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual da criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 07. No mesmo sentido, vide: THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 212.

<sup>711</sup> Citem-se os seguintes: art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.; “art. 168. Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor”; “art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes; “art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes; § 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem”; “art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível”; “art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes”.

inclusive, opiniões fortes e contundentes no sentido de que a nova redação do art. 156 do Código de Processo Penal brasileiro, a partir da redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008, potencializou os poderes instrutórios do juiz brasileiro<sup>712</sup>, consolidou o sistema processual brasileiro como inquisitorial<sup>713</sup> e consagrou a figura do juiz-instrutor-inquisidor<sup>714</sup>.

Os termos *acusatório* e *inquisitorial* são provavelmente os termos mais comuns para categorizar os sistemas procedimentais criminais<sup>715</sup>. Quando se fala sobre procedimento penal doméstico ou internacional em sentido genérico, sempre põe-se em esclarecimento se este ou aquele procedimento é de natureza acusatória ou inquisitorial. Ao longo dos anos, enquanto comparativistas chamaram atenção aos perigos da rotulagem de acusatório ou de inquisitorial para processos de tradições da *Common Law* e da *Civil Law*, eles utilizaram tais termos em definições bastante distintas e não tem havido acordo a tal respeito. De fato, tem havido confusão considerável sobre os termos *adversarial* ou *acusatório*, de um lado, e *não-adversarial* ou *inquisitorial*, de outro, vez que esses termos concernem a uma variedade de significados perdidos.

O sistema acusatório é apontado, nos direitos inglês e americano, como *adversarial* e, portanto, traduzido tecnicamente como *sistema contraditório*. Muitos autores usam os termos em questão de forma intercambiada, muito embora, diga-se, isso não signifique que se possa aplicá-los de forma semelhante automaticamente ao presente trabalho. O termo *adversarial* pode ser usado, no mínimo, em diferentes sentidos: pode ter um sentido tradicional e histórico, assim como pode descrever um modelo teórico, um tipo de proceder e um ideal de procedimento. Neste trabalho, esses conceitos serão tratados como sinônimos e de forma indistinta.

A principal dessemelhança<sup>716</sup> entre os sistemas acusatório e inquisitorial advém da postura do juiz no encaminhamento e avaliação dos atos processuais, bem como,

---

<sup>712</sup> GIACOMOLI, Nereu José. Reforma do processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.18.

<sup>713</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do Código de Processo Penal e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCrim*. São Paulo: n. 188, jul 2008, p. 12-13.

<sup>714</sup> LOPES JR, Aury. Bom pra quê(m)? *Boletim IBCrim*. São Paulo: n. 188, jul 2008, p. 9-11.

<sup>715</sup> De acordo com o *Black's Law Dictionary*, procedimento criminal é definido como “as regras que governam mecanismos referentes a como crimes são investigados, processados, julgados e punidos. Isso inclui a proteção aos direitos constitucionais das pessoas acusadas” (BLACK and GARNER, eds, *Black's Law Dictionary*, 8 ed., 2007, p. 402).

<sup>716</sup> Apontando como distinção significativa entre os dois sistemas, Ruciman explica que o termo acusatório é geralmente entendido como o sistema que tem o juiz como um árbitro que deixa a apresentação do caso às partes (acusação e defesa) em cada lado, cabendo a esses preparar separadamente o seu caso e chamar, examinar e interrogar as suas testemunhas. O termo inquisitorial descreve os sistemas em que os juízes podem supervisionar a preparação e o pré-julgamento das provas pela polícia e, mais importante, desempenham um papel essencial na apresentação da prova no julgamento. O juiz em sistemas “inquisitoriais

principalmente, na participação das partes no direito posto em debate. Segundo Langer, essa diferenciação teórica deveria ser compreendida não apenas como dois diferentes modos de organizar poderes e responsabilidades entre os principais atores do processo penal, isto é, juízes, promotores, advogados de defesa e demais, mas também como duas culturas procedimentais diferentes<sup>717</sup>. Como sublinha Faria Costa, referencialmente à Constituição portuguesa, a estrutura acusatória do processo penal não se esgota na simples “diferenciação material entre o órgão que instrui o processo e dá a acusação”<sup>718</sup>. Segundo Dias, essa diferenciação vai mais além e torna pertinente o “reconhecimento da participação constitutiva dos sujeitos processuais na declaração do direito do caso”<sup>719</sup>.

Segundo Badaró, o melhor critério distintivo é a gestão da prova, sendo os processos acusatórios aqueles em que a gestão e, em especial, a produção delas encontra-se em mãos das partes, que atuam como antagonistas na busca de uma reconstrução histórica dos fatos, cada uma segundo o escopo de confirmar a sua história destes. No modelo inquisitório, segundo o mesmo autor, a atividade proeminente na atividade probatória é do julgador, a quem cabe a busca da verdade, não se limitado à atividade das partes<sup>720</sup>. Luigi Ferrajoli apresenta uma visão monocular dos elementos constitutivos dos modelos teóricos acusatórios, entendendo que, entre eles, o mais importante, por ser estrutural e configurar pressuposto dos outros, é indubitavelmente a separação entre juiz e acusação<sup>721</sup>.

Entendo que esse elemento não se sobrepõe, em grau de importância, ao modo de participação do juiz e das partes no processo, pois parece razoável partir da ideia de que a mera separação formal entre as partes pode materialmente desaparecer ou diluir-se, a depender do grau de intromissão processual e participação na constituição do direito

---

normalmente chama e examina o réu e as testemunhas, enquanto os advogados da acusação e da defesa fazem perguntas suplementares” (RUNCIMAN, Viscount. *Royal Commission on Criminal Justice: Minutes of Evidence (Runciman Commission)*, The National Archives, Public Records, 1993, p. 3).

<sup>717</sup> LANGER, Máximo. *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and Americanization Thesis in Criminal Procedure*, 45 Harv. Int'l L. J., 2004, p. 50.

<sup>718</sup> COSTA, José de Faria. Um olhar cruzado entre a Constituição e o processo penal. In: *a Justiça nos Dois Lados do Atlântico. FLAD*, Novembro de 1997, p. 191. Também nesse sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo, “A Nova Constituição da República e o Processo Penal”, ROA, 1976, p. 9.

<sup>719</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, LDA, 1974. v.1, p. 137.

<sup>720</sup> BADARÓ, Gustavo. A utilização da *hearsay witness* na Corte Penal Internacional, Estudo sobre sua admissibilidade e valoração. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* – www.zis-online.com, abr. 2014, p. 177-188.

<sup>721</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 2002, p.454.

atribuído aos sujeitos do processo. De todo modo, ambos os fatores posicionam-se em ordem de extrema relevância para a configuração e distinção entre os dois sistemas, não se devendo impor a solução de que um ou outro critério influi, de forma exclusiva e decisiva, para a referida diferenciação.

No sistema acusatório, o juiz, submisso à exigência de passividade (*ne procedat iudex ex officio*), atua como árbitro e espectador da apresentação do caso pelas partes, acusação e defesa, que são responsáveis por preparar separadamente a sua demanda, pedindo, produzindo e destrinchando as provas que entendam favoráveis<sup>722</sup>. Para J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, no princípio do acusatório, a acusação do crime por parte de um órgão distinto do julgador é “condição e limite do julgamento”<sup>723</sup>. Leonor Assunção, por sua vez, atenta para o fato de que a opção por uma estrutura processual marcadamente acusatória evidencia-se na concretização prático-normativa de dois vetores: diferenciação material entre a entidade que julga e a entidade que investiga e participação constitutiva dos sujeitos processuais na declaração do direito do caso concreto<sup>724</sup>.

A ideia do sistema, portanto, é de que a acusação e a defesa essencialmente estejam no controle do processo, detendo a disponibilidade e, ao mesmo tempo, a responsabilidade do ônus de produzir provas testemunhais e outras formas de prova, examinando e acareando essas testemunhas, assumindo, como consequência, o peso de decidir quando seu caso está suficientemente provado<sup>725</sup>. Esse ponto refere, para alguns, um dos inconvenientes do sistema acusatório, já que submete o juiz a uma eventual atividade probatória incompleta e defeituosa das partes<sup>726</sup>. Para outros, entretanto, a intensa contraditoriedade a que o sistema acusatório submete o seu sistema de provas traz um inegável valor para esse sistema. O contraditório detém ínsita uma técnica heurística,

---

<sup>722</sup> "Tudo sob a passividade e neutralidade do juiz, como um mero árbitro, apenas chamado a dar resposta às questões atinentes ao normal fluir do duelo que acusação e defesa travam entre si. O que converte o juiz, pelo menos na fase de julgamento, numa espécie de esfinge, impenetrável e fechada à comunicação" (ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova no Processo Penal*, Coimbra: Editora, 2006, p. 138).

<sup>723</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ed. revista. Coimbra Editora, 1993, p. 206.

<sup>724</sup> ASSUNÇÃO, Maria Leonor. O Processo Penal de Macau: características fundamentais. Os sistemas jurídicos de Macau, de Portugal e da República Popular da China, Universidade de Pequim. *R.P.C.*, 19 a 21 de Maio de 1997, p. 3.

<sup>725</sup> Sobre os sistemas de obtenção de provas e as repercussões nos direitos de defesa, vide: BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Prova Criminal e Direito de Defesa*, Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal, Almeidina, janeiro de 2013, Nota de Apresentação, p. 15.

<sup>726</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Gerais do processo Penal*. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 73-74.

dando ensejo à elaboração de uma estrutura dialética, que se apresenta na potencialidade de indagar e de verificar os contrários<sup>727</sup>. Mais do que uma escolha de política processual, o método dialético é uma garantia epistemológica na pesquisa da verdade<sup>728</sup>. As opiniões contrapostas dos litigantes ampliam os limites do conhecimento do juiz sobre os fatos relevantes para a decisão e diminuem a possibilidade de erros<sup>729</sup>.

Um julgamento criminal da *Common Law* é um processo conduzido pelas partes, isto é, a questão sobre que prova trazer à baila e em que sequência é basicamente deixada ao arbítrio das partes, as quais preparam seus casos na fase pré-instrutória e os apresentam na fase instrutória. O objetivo preponderante da tradição do *Common Law* não é a busca da verdade, mas o conceito básico de uma competição entre as partes, em que a versão mais forte – sendo ambas possivelmente reais – prevalecerá. A descoberta dos fatos verdadeiros em um julgamento de *Common Law* não está no mesmo grau que a pertinente às jurisdições de *Civil Law*. Advogados estadunidenses, em particular, são treinados para acreditar que sua responsabilidade primária não é a descoberta da verdade e o consequente manejo da correta disposição legal, e sim a obtenção do melhor resultado para seus clientes. O *Common Law* se desenvolveu para bem além de um sistema que favorece um sistema de corte com Governo forte e centralizado e que exhibe uma justiça imparcial, para criar um ambiente em que o juiz é um árbitro passivo, cuja tarefa é garantir que as partes atuem dentro das leis procedimentais. Ao final de um julgamento sob complexas regras de prova, o júri decide a questão da culpa do demandado<sup>730</sup>.

Em lugar de crer em respostas definitivas, combinadas à aplicação da lógica racional, como faz o *Civil Law*, o *Common Law* não insiste em alvejar a resposta correta todas as vezes, mas somente uma que seja razoável ou aceitável, diante de um problema, ou seja, uma abordagem em que “há várias saídas possíveis para um mesmo problema”<sup>731</sup>. Assim, numa tradição de *Common Law*, as decisões são alcançadas por meio dos debates racionais e da confrontação, isto é, por meio do equilíbrio “da força dos argumentos” de

---

<sup>727</sup> DE LUCA, Giuseppe. *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano. 35. p. 1261. Milano: Giuffrè, ott.-dic. 1992, p. 1261.

<sup>728</sup> UBERTIS, Giulio. *Principi di procedura penale europea, Le regole del giusto processo - Seconda edizione, Collana: Testi studi e ricerche di Scienze Giuridiche, Argomenti: Diritto*, 2000, p. 36.

<sup>729</sup> ZAPPALÀ, Enzo. *Processo penale ancora in bilico tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio*. *Diritto Penale e Processo*. n. 7. P-886-893. Milano: Ipsoa, 1998. p. 888.

<sup>730</sup> HEINZE, Alexander, *International criminal procedure and disclosure : an attempt to better understand and regulate disclosure and communication at the ICC on the basis of a comprehensive and comparative theory of criminal procedure*, Duncker & Humblot, 2014, p. 109.

<sup>731</sup> FLETCHER, George P. *Comparative Law as a Subversive Discipline*, 46 Am. J. Com. L., 1998, p. 699.



todos os lados<sup>732</sup>. Tal é a razão pela qual Max Weber negou à *Common Law* a racionalidade do alcance de uma decisão legal e arrematou que o modo inglês de *finding of justice* não podia ser qualificado como “aplicação do Direito”, nos moldes do uso da lógica, como na *Civil Law*<sup>733</sup>.

No sistema inquisitorial, o juiz supervisiona a confecção e análise das evidências pré-processuais realizadas pela autoridade administrativa, Polícia e Ministério Público, e possui um papel ativo na iniciativa e apreciação das provas durante do julgamento. O princípio da livre apreciação ou avaliação de evidência significa que o juiz não está acorrentado pelas regras formais da prova, mas pode avaliar as provas apresentadas pelas partes ou tomadas de ofício, em sua própria evidência livre e razoável<sup>734</sup>. Assim, em geral, o sistema processual adotado pelos países de direito continental está calcado na livre apreciação da prova. Anote-se, nesse contexto, que o livre convencimento é, hodiernamente, característica do sistema processual acusatório, que não dispõe de um sistema hierarquizado de provas, mas, ao contrário, a importância de cada uma dessas é livremente sopesada pelo juiz no processo. Os primórdios do sistema inquisitorial vigorava o engessamento probatório através do sistema de provas tarifadas, hoje, praticamente inexistente. Na tradição inquisitorial da *Civil Law*, o juiz é um árbitro muito ativo, decidindo acerca da submissão, apresentação e consideração da prova, de questões testemunhais e concernentes à culpa ou à inocência do demandado, estando adstrito ao dever legal fixar os fatos incontroversos de um caso, assim como de deferir as provas correspondentes apropriadas<sup>735</sup>. Assim, enquanto o modelo adversarial de prova alega que a verdade é mais bem alcançada a partir das proposições expostas em ambos os lados da questão, para o modelo inquisitorial de prova, esse fim mais bem alcançado por um juiz ativo e por uma agência estatal de investigação forte, comprometidos com a objetividade.

---

<sup>732</sup> WOLFF, Jeffrey S., PROSZEK, Lisa B. *Interaction Dynamics in Federal Administrative Decision Making: The Role of the Inquisitorial Judge and the Adversarial Lawyer*, 33 *Tulsa L. J.*, 1997, p. 305.

<sup>733</sup> WEBER, Max. ‘Objectivity’ in *Social Science and Social Policy*, in Edward A. Shils and Henry A. Finch, trans and eds., *The Methodology of Social Sciences*, Free Press, 1949, p. 40.

<sup>734</sup> Quanto a esse princípio, já se disse que a livre apreciação da prova é agora o aspecto mais característico do procedimento continental moderno (KRALIK, Winfried. *Introduction to the Continental Judicial Organisation and Civil Procedure. Université de Luxembourg internationale des sciences comparées. Faculté internationale de droit comparé*, 1963, p. 6-7).

<sup>735</sup> Nos sistemas de *Civil Law*, as vítimas, ainda que não tomem parte formal dos procedimentos, ajustam-se, muito mais facilmente, à instrução do que ao *Common Law*. Muitas jurisdições de *Civil Law* aceitam a vítima como alguém que também tem interesse no caso e não lhe é imparcial, porém, assim como o demandado, pode ter voz e direitos processuais no curso de procedimentos criminais.

Praticamente todos os julgamentos penais continentais são, essencialmente, baseados em um procedimento prévio realizado por uma autoridade investigadora pré-processual<sup>736</sup>. O acusador submete o procedimento investigatório ao magistrado, que deve lê-lo, antes de deflagrar a instrução do caso. Esse modo de proceder é execrado pela *Common Law*, que pressupõe que nem o juiz nem o júri tenham conhecimento algum acerca das provas arregimentadas anteriormente à instrução. Essa prática gerou grande confusão no passado, no que se refere ao fato de os sistemas de *Civil Law* reconhecerem ou não a presunção de inocência. Durante os julgamentos de Nurembergue, os juízes britânicos e estadunidenses questionaram se os juízes franceses compreendiam tal presunção. Ainda que os franceses tenham inventado a expressão na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, considerou-se que, naquele contexto, tratava-se de punição sem julgamento. Em seu uso hodierno, o fim da presunção de inocência é declarar que, no início da instrução, o demandado seja considerado inocente, ainda que o investigador pré-instrução tenha concluído por sua culpa.

O sistema continental, de tal forma, gera um processo contínuo, com participantes em vários estágios, atuando em importantes papéis durante o decorrer da persecução penal, entendida, a partir da convergência da atividade investigadora – pré-processual – e processual em si. O promotor de justiça ou o juiz de instrução decide sobre os indícios de culpa ou inocência e, então, só aí, remete a análise do fato ao juiz sentenciante, que, na verdade, é o juiz que ainda realizará toda a instrução processual do caso, e que proferirá o juízo de admissibilidade acerca dos indícios de culpa ou inocência do acusado. Em admitindo o juízo indiciário de culpa, o juiz submete o caso ao contraditório e, após o decorrer de toda a instrução, convocando testemunhas e revisando os fatos pertinentes, ao final, profere a decisão definitiva sobre a culpa ou a inocência.

Essa sistemática não encontra enquadramento no sistema da *Common Law*, que vê a corte de instrução como o único corpo legítimo acreditado com a capacidade de exarar algum tipo de decisão sobre a culpa ou a inocência do acusado. A acusação pode decidir tão somente se há justa causa para seguir adiante, já que o sistema da *Common Law* não dá relevância à fase pré-instrutória e sim, exclusivamente, às decisões alcançadas na

---

<sup>736</sup> Em alguns sistemas, o investigador é um membro do Judiciário, enquanto, em outros sistemas, a polícia ou o promotor de justiça, sendo que, na imensa maioria dos casos, o encaminhamento valorativo do procedimento prévio para o magistrado é feito pelo promotor de justiça, ainda que não tenha sido ele o responsável pela investigação.

instrução e julgamento, motivo pelo qual é apropriadamente descrito como um sistema que garante ao demandado seu *dia na corte*<sup>737</sup>.

Assim, no sistema inquisitorial, a própria autoridade judiciária dirige e examina ativamente as provas, enquanto as partes a realizam de forma complementar, o que faz com que ela própria delimite o objeto da cognição processual, fato que, no sistema acusatório, é feito pelas partes no processo. Argumenta-se, a partir daí, que a principal característica diferenciadora dos sistemas de justiça acusatório e inquisitorial seria o controle das provas pelas partes do processo, o que inclui a obtenção, preparação e apresentação dos elementos probatórios. No sistema acusatório, cada parte é responsável pelo desenvolvimento de provas para sustentar seus argumentos, enquanto, no sistema inquisitorial, um funcionário executa a maior parte da indução e preparação das evidências de prova<sup>738</sup>.

No sistema inquisitorial, o juiz-presidente desempenha uma função mais operante durante o julgamento ou, até mesmo, na fase pré-processual. O juiz não está limitado às evidências introduzidas pelas partes ao julgamento, sendo que ele próprio provoca a análise das provas através da oitiva de vítimas, testemunhas e acusados, só permitindo ao Ministério Público e à parte contrária fazer perguntas de forma suplementar. Para Hermann, o juiz ativo pode, sem ter que esperar pelas evidências a serem eventualmente apresentadas pelas partes, melhor perceber quais as informações e questões ele quer provocar quando da análise de prova na instrução processual, pois ele o destinatário final das mesmas, o que configura, para o autor, uma vantagem do sistema presidencialista-inquisitorial<sup>739</sup>.

Essa postura mais ativa, possivelmente, deu sustentáculo à ideia de que o juiz inquisitorial, tradicionalmente dos países da *Civil Law*<sup>740</sup>, busca a verdade material, enquanto o juiz acusatório, tradicionalmente dos países da *Common Law*, busca a verdade formal. Faria Costa, tratando da Constituição Portuguesa, assevera que, “no âmbito do

---

<sup>737</sup> No original, *their own day in court*.

<sup>738</sup> DAMASKA, Mirjan. Presentation of Evidence and Fact Finding Precision. 123 University of Pennsylvania Law Review 1083, 1098-99, 1975, Id., p. 1104.

<sup>739</sup> HERMANN, Joaquim. *Various Models of Criminal Proceedings*, South African Journal of Criminal Law and Criminology 2, n. 1, 1978, 12-13.

<sup>740</sup> De modo geral, a tradição da *Civil Law* é descrita como composta por três características comuns a vários sistemas, quais sejam: (1) a busca da verdade; (2) por meio da aplicação de princípios legais; e (3) a adoção de abordagem inquisitorial ampla nos procedimentos (MCGONIGLE LEYH, Brianne. Procedural Justice? Victim Participation in International Criminal Proceedings. Cambridge *et al*, Intersentia, 2011, p. 70).

processo penal, encontramos-nos perante uma situação de conflitualidade, em que se aspira à verdade material e à realização da justiça e, por isso, os sujeitos conflitantes — Ministério Público, ou assistente, de um lado, e arguido, de outro — terão de ocupar uma posição de igualdade traduzida em armas e instrumentos”<sup>741</sup>. Nas palavras de Dias, o Direito Processual Penal busca o atingir de uma tripla finalidade: “a realização da justiça e a descoberta da verdade material, a proteção dos direitos fundamentais das pessoas e o restabelecimento da paz jurídica”<sup>742</sup>.

Esse ponto, aliás, condensa uma das principais críticas que se faz ao sistema acusatório, tendo em vista que, estando limitado à verdade formal, o magistrado restringe-se, quando da tomada de sua decisão, aos elementos disponibilizados pelas partes, não podendo ir além deles<sup>743</sup>. Ainda no mesmo sentido, segundo Taruffo, o processo *adversary* é estruturalmente inidôneo e, antes disso, fortemente contraindicado para a descoberta da verdade, fundando-se em uma ideologia da justiça em que à verdade não se atribui qualquer valor positivo<sup>744</sup>.

De acordo com Badaró, entretanto, a questão é bem controvertida, havendo muitos autores que defendam que o modelo adversarial, ao reproduzir uma estrutura dialética, em que cada parte procura produzir todas as provas a favor da sua versão dos fatos, acaba favorecendo a descoberta da verdade. Ainda conforme o autor, adota-se a posição segundo a qual, no modelo adversarial, com o poder da prova nas mãos das partes, a preocupação principal não é a descoberta da verdade, mas sim estabelecer um adequado mecanismo de resolução de conflitos<sup>745</sup>. Tem-se por certo, assim, que a busca da verdade é elemento que se faz presente tanto no sistema insular quanto no sistema continental, não havendo modelo justo democrático de processo penal que não trabalhe com a verdade –

---

<sup>741</sup> COSTA, José de Faria. Um Olhar Cruzado entre a Constituição e o Processo Penal. In: *A Justiça dos Dois Lados do Atlântico*. FLAD, Nov. 1997, p. 191.

<sup>742</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Processual Penal, Lições coligidas por Maria João Antunes, Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Policopiadas, 1088/89, p.23-28. O mesmo autor também afirma “como finalidade primária da pena o restabelecimento da paz jurídica comunitária abalada pelo crime” (DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime. Coimbra editora, 2012, p. 79).

<sup>743</sup> Nesse sentido: GOLDSTEIN, Abraham S. *Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Procedure*, *Stanford Law Review* 9, 1974, p. 1016.

<sup>744</sup> TARUFFO, Michele. *Um’Alternativa Alle Alternative: Modelli di Risoluzione dei Conflitti*. *Revista Argumenta*. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, n. 7, p. 111.

<sup>745</sup> BADARÓ, Gustavo. A utilização da *hearsay witness* na Corte Penal Internacional. Estudo sobre sua admissibilidade e valoração, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* – [www.zis-online.com](http://www.zis-online.com), abril 2014, p. 178.

ainda que inatingível – como fator de legitimação de seu resultado e critério de justiça<sup>746</sup>. Justiça e verdade são, portanto, noções complementares ao exercício do poder<sup>747</sup>. O dogma da verdade material, entretanto, também não está imune a críticas, por se basear na lógica medieval de busca da verdade absoluta por parte da Inquisição, que não permita questionamentos e forja um processo intolerante quanto às argumentações das partes<sup>748</sup>.

Quanto ao sistema inquisitorial, a principal censura que se verbera diz respeito a uma sensível quebra da imparcialidade - essência da prestação jurisdicional democrática<sup>749</sup> - por parte do juiz presidente do feito. Eduardo Correia, em análise ao Código de Processo Penal português de 1929, expõe crítica ao sistema inquisitorial albergado no mesmo, justamente em virtude da mácula à imparcialidade do julgador, em que, por permissivo daquele diploma, admite-se a acumulação das atividades de investigar e julgar<sup>750</sup>, concentração decorrente das próprias estruturas políticas centralizadas dos antigos Estados absolutistas.

Nesses regimes onde, com base no poder irrestrito do soberano, deterioram-se direitos e negam-se garantias aos acusados, estes são vistos, nas palavras de Figueiredo Dias, como objetos da inquisição, e não como sujeitos participantes do processo<sup>751</sup>. Acerca das mudanças provocadas no processo penal a partir da assimilação do sistema acusatório nos países democráticos, Frederico Marques aponta que o sistema acusatório transformou a

---

<sup>746</sup> Saliente-se, aqui, na esteira dos ensinamentos de Faria Costa, que “a verdade que se alcança no momento de aplicação da norma (...) é tão somente uma verdade intra-sistemática processualmente válida. Não é a verdade ontológica. Não é a verdade do juízo existencial. Não é a verdade do juízo histórico. É a verdade que as regras processuais permitem e que a decisão jurisdicional legitima. O que mostra ou, pelo menos, indicia de forma inequívoca que na concreta aplicação do direito entra um irrecusável ou indesmentível momento de verdade” (COSTA, José de Faria. *Consenso, Verdade e Direito*. Boletim de da Faculdade de Direito 77, Coimbra, 2001, p. 426).

<sup>747</sup> GOSSEL, Karl Heinz. *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*. Obras completas, 2007, p. 23.

<sup>748</sup> BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir. In: KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*, 20. ed. Rio de Janeiro: Record, Rosa dos Tempos, 2009, p. 13-14.

<sup>749</sup> A imparcialidade já foi considerada essência da jurisdicionalidade (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1995, p. 86) e *conditio sine qua non* ao legítimo exercício da função jurisdicional (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In: *Temas de Direito Processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 19).

<sup>750</sup> CORREIA, Eduardo. *Direito criminal, I*. Coimbra: Almedina, 1968, p. 67-68. Também apontando a quebra da imparcialidade como consequência direta do modelo inquisitorial, ver: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, v.1, Coimbra Editora, 1981, p. 62; Jörg N., *Brants C. and Field S. Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging?* In: Fennell *et al* (eds) *Criminal Justice in Europe. A Comparative Study*, 1995, p. 49. Sustenta-se, ainda, que a regra de imparcialidade do magistrado exige a divisão de competências entre o juiz e o Ministério Público (RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Fase Preparatória do Processo Penal – Tendências na Europa. O Caso Português*. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*. Coimbra Editora, 943- 944).

<sup>751</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, v. 1, Coimbra, Coimbra editora, 1974, p. 61.

fisionomia da persecução penal, visto que situou o réu e acusado, nessa atividade estatal, como sujeito de direitos, e não apenas como objeto das investigações. Processualizou-se a *persecutio criminis*, sem que o interesse público da punição do culpado ficasse diminuído ou debilitado. O juiz, segundo o autor, deixou de encarnar a função repressiva do Estado contra o infrator da lei penal, para permanecer imparcial e sereno, como um órgão exclusivo da aplicação do Direito Penal objetivo, isto é, da jurisdição penal propriamente dita<sup>752</sup>.

O sistema acusatório fincado na *Common Law* inglês tem sua regra geral de procedibilidade assentado na prova oral, evidência cujo peso, no processo, é bem superior aos documentos escritos eventualmente trazidos aos autos pelas partes, os quais só terão relevância para o juiz se avalizados oralmente durante o julgamento. Para muitos, a oralidade é, sem dúvida, a mais importante característica do direito inglês, tanto nos processos cíveis quanto criminais. Já se disse que a "peça central" do sistema acusatório é o julgamento oral<sup>753</sup>. Atribui-se a preferência à oralidade ao fato de que, durante a confrontação verbal do *cross examination*, pode-se perceber, mais facilmente, a verossimilhança da versão apresentada pela testemunha<sup>754</sup>. Já se referiu, nesse sentido, que o *cross examination* é o melhor sistema legal já inventado para o descobrimento da verdade<sup>755</sup>.

---

<sup>752</sup> FREDERICO MARQUES, José. Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro, anotada e atualizada por SP, RT, 1959, pg. 28. Isto representou, para Tiedemann, a superação do modelo de juiz de instrução ("*Untersuchungsrichter*"), abolido do modelo alemão em 1975, quando o referido ordenamento passou à configuração acusatória. (TIEDMANN, Klaus. 'Relatório general., In: *Revue Internationale de Droit Penal*, v. 64, p. 789).

<sup>753</sup> DEVLIN, Patrick Baron. *The Judge*, Oxford Paperbacks, Publisher, Oxford University Press, 1979, p. 54-55

<sup>754</sup> Segundo Anabela Rodrigues, o exame cruzado representa instrumento judiciário, proporcionando uma validade gnoseológica relevante que vai além da vontade das partes e se configura em critério epistemológico para o alcance da verdade (RODRIGUES, Anabela Miranda. A defesa do arguido: Uma garantia constitucional em perigo no "admirável mundo novo". In: *RPCC*, Coimbra, n. 02, 2002, p. 549).

<sup>755</sup> WIGMORE, John h. *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, 3.ed, 1940, p. 32. Também nessa linha: "But of checks on the mendacity and misrepresentations of witnesses, the most effective is the . . . (one) . . . requiring their evidence to be given viva voce, in the presence of the party against whom they are produced, who is allowed to 'cross-examine' them; ie to ask them such questions as he thinks may serve his cause." (BEST, William Mawdesley; PHIPSON, Sidney Lovell. *Best on Evidence: The Principles of the Law of Evidence with Elementary Rules for Conducting the Examination and Cross-Examination of Witnesses*, 1992, p. 100). Há, entretanto, veementes opiniões em sentido contrário. Nessa linha contrária, já se apontou que a técnica da *cross examination* do sistema acusatório pressiona o interrogando a ponto de a mais honesta das testemunhas poder ser conduzida, pela atitude das partes interrogantes, a se contradizer (SNYMAN, C.R. *The Accusatorial and Inquisitorial Approaches to Criminal Procedure: Some Points of Comparison between South African and Continental Systems*, Publisher Unisa, 1975, p. 109).

Em contraponto, o sistema inquisitorial, em geral, não aloca suas bases na apreciação oral das provas<sup>756</sup> nem na referência ao *cross examination*<sup>757</sup>, mas sim na prevalência de busca de evidência probatória de cunho documental<sup>758</sup> e no método presidencialista de arguição (*examination-in-chief*). No sistema inquisitorial, um dossiê escrito é a espinha dorsal de todo o processo e uma de suas principais ferramentas de administração de caso, a partir do primeiro estágio do procedimento, em que há intervenção policial, até a fase de apelação contra o veredito. Inversamente, no sistema adversarial, as oitivas orais e públicas têm um papel importante na administração e na condução de casos, mesmo naqueles que são negociados. Comparado com o sistema acusatório, que tem suas bases no direito inglês e americano, o sistema da *Civil Law* é bem menos restritivo no resguardo da admissibilidade das provas, sendo que, a princípio, qualquer tipo de prova não ilícita pode ser admitida e livremente valorada dentro do processo.

Muito embora, ultimamente, como visto acima, tenham ambos os sistemas se adaptado e se aproximado um do outro, há alguns indicadores em face dos quais podemos distingui-los, a partir do apontamento de algumas de suas características mais tradicionais. As decisões judiciais continuam sendo a principal fonte do direito nos países

---

<sup>756</sup> Alemanha e Brasil têm representado exceções a essa regra. Para a análise específica das nuances do sistema alemão, ver: FOSTER, Nigel G. *German Law and Legal System, Deutsches Recht und Deutsches Rechtssystem*, Blackstone Press Ltd., London 1993.

<sup>757</sup> GOLDSTEIN, Abraham S. Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Procedure, *Stanford Law Review* 09, 1974, p. 1009. Nesse aspecto, os ordenamentos processuais italiano e brasileiro têm composto exceção à regra. A reforma processual italiana de 1988 adotou o *cross examination*, homenageando a participação das partes no que se refere à introdução da prova no processo. Nas novas reformas do sistema processual penal brasileiro, veja-se, quanto ao tema, a evolução normativa verificada no art. 212 do Código de Processo Penal brasileiro: "As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida" (Redação antiga); "As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida" (Redação dada pela Lei n. 11.690 de 2008). Cumpre salientar que, desde muito tempo, o sistema já existia no Direito Processual Penal brasileiro no procedimento específico do Tribunal do Júri, onde sempre se permitiu a inquirição direta das testemunhas no Plenário (Código de Processo Penal: "Art. 473. Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação. § 1º Para a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, o defensor do acusado formulará as perguntas antes do Ministério Público e do assistente, mantidos no mais a ordem e os critérios estabelecidos neste artigo. § 2º Os jurados poderão formular perguntas ao ofendido e às testemunhas, por intermédio do juiz presidente").

<sup>758</sup> Perceba-se que, no processo civil brasileiro, em que pese a evolução e aumento do critério da oralidade, ainda resta entranhada a cultura processual documental, havendo determinadas causas em que, expressamente, exige-se um início mínimo de prova documental para ao sucesso da demanda. Nesse sentido é a Súmula de Jurisprudência n. 149 do Superior Tribunal de Justiça: "A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário".

da tradição da *Common Law*<sup>759</sup>, considerando que as decisões dos tribunais superiores têm força de precedente obrigatório e devem ser seguidas de acordo com a doutrina da *stare decisis*. Na tradição da *Civil Law*, a legislação é, ainda, a principal e mais importante fonte jurídica<sup>760</sup> e, como regra, as decisões judiciais dos tribunais superiores não se perfazem em precedentes obrigatórios, à exceção das súmulas vinculantes e de outros institutos de repercussão geral, adotados em determinados países.

Além dessas duas características principais, a doutrina aponta diversos outros indicadores de divergência entre os dois sistemas, devendo-se sempre estar atento à advertência de que nenhum sistema manifesta-se com todos os seus atributos de forma pura e incondicional. Assim, pode-se sistematizar, com base na doutrina<sup>761</sup>, as seguintes características do sistema acusatório da *Common Law*: 1) as decisões dos tribunais superiores são elaboradas para serem obrigatoriamente seguidas; 2) o controle jurisdicional das investigações é feito de forma retrospectiva através do regramento probatório; 3) a atividade judicial é passiva (o julgador só toma conhecimento do caso no dia do julgamento)<sup>762</sup>; 4) as partes são responsáveis pela obtenção e introdução processual das

---

<sup>759</sup> Nesse sentido, define-se a *Common Law* como “(a) Law as laid down in decisions of courtes, rather than by statute (b) general system of Laws which formerly were the only Laws existing in England, and which is some case have been superseded by statute” (COLLIN, Peter. *The Dictionary Of Law*. 3. ed. Londres: Peter Collin Publishing Ltd, 2000, p. 68-69). Nesse sentido, segundo Reale, “o que caracteriza o *Common Law* é não ser um Direito baseado na lei, mas antes nos usos e costumes consagrados pelos precedentes firmados através das decisões dos tribunais. É, assim, um Direito costumeiro- jurisprudencial...” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 98). Também segundo David, “O essencial é que a lei, na concepção tradicional inglesa, não é considerada como um modo de expressão normal do direito. Ela é sempre uma peça estranha no sistema do direito inglês. Os juízes aplicá-la-ão certamente, mas a regra que contém a lei só será definitivamente e plenamente incorporada no direito inglês quando tiver sido aplicada e interpretada pelos tribunais e na forma e na medida em que serão feitas esta aplicação e esta interpretação. Na Inglaterra citar-se-ão logo que possível, noutros termos, em vez do texto de uma lei, as decisões que terão feito aplicação desta lei. Só em presença destas decisões o jurista inglês saberá verdadeiramente o significado da lei, porque só então encontrará a regra de direito sob o aspecto que lhe é familiar, o da regra jurisprudencial.” Em um tom, entretanto, um pouco diferente de Reale, David atesta que “O direito inglês não é um direito consuetudinário. O costume geral imemorial do reino, sobre o qual teoricamente está fundada a *Common Law*, sempre foi uma simples ficção. A *Common Law* pôde retirar algumas das suas regras dos vários costumes locais outrora em vigor, porém o processo em si de constituição da *Common Law* consistiu em elaborar um direito jurisprudencial, fundado sobre a razão, que substituiu o direito da época anglo-saxônica, fundado no costume.” (DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo: Martins, Fontes, 1998, p. 331).

<sup>760</sup> Também segundo Reale, na *Civil Law* “prevalece o processo legislativo como fonte por excelência das normas jurídicas” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 98).

<sup>761</sup> ALLDRIDGE, Peter. *Scientific Expertise and Comparative Criminal Procedure*, 3 Int’lJ. Evid. & Proof, 1999, P. 144; ÖRUCU, E., “Mixed and Mixing Systems: A Conceptual Search” in Örucu, Attwool and Coyle (eds) *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, 1996, 339.

<sup>762</sup> FULLER, A sistemática das partes contrárias. In: *Aspectos do direito americano*, Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 31-40.



provas, controlando inclusive as atividades de investigação preliminar; 5) a decisão deve ser baseada exclusivamente nas evidências probatórias trazidas ao processo pelas partes; 6) o critério probatório é baseado eminentemente na oralidade; 7) a confiança probatória é entregue à dialética das partes e na descoberta dos fatos por parte delas. Do mesmo modo, pode-se sistematizar, também com base na doutrina, as seguintes características do sistema inquisitorial da *Civil Law*: 1) as decisões dos tribunais superiores não criam, a princípio, precedentes obrigatórios, muito embora sejam, muitas vezes, seguidas na prática; 2) o controle jurisdicional das investigações é feito de forma contemporânea, de acordo com o regramento estabelecido no Código de Processo Penal; 3) a postura judicial é ativa; 4) juízes e tribunais têm poderes de obtenção e introdução processual das provas; 5) a decisão pode ser baseada em quaisquer evidências probatórias lícitamente disponíveis no processo; 6) o critério probatório é baseado eminentemente na prova escrita em detrimento da prova oral; 7) a confiança probatória é entregue a servidores estatais.

Assim, diferenciar e segmentar os dois sistemas apenas pela influência da legislação ou pelo predomínio da jurisprudência é tratar, de forma simplista, realidades que são, por óbvio, bastante complexas. Não há sistema legal contemporâneo que se dinamize sem o auxílio da jurisprudência, do mesmo modo que os sistemas da *Common Law* estão, cada vez mais e cotidianamente, sendo regulados por leis e estatutos. Em contornos conclusivos, entretanto, não se pode aceitar a coincidência subjetiva de órgãos, o duplo papel que o juiz tem de cumprir, agindo como o investigador que tem que encontrar as provas e o árbitro que tem que fazer um juízo subjetivo decisório, funções que seriam contraditórias entre si, sendo ao juiz extremamente difícil não quedar-se parcial contra o acusado, ao agir, ao mesmo tempo, como promotor e juiz<sup>763</sup>.

O certo é que o método acusatório, antes de constituir uma mera escolha política processual, representa uma proteção epistemológica na busca da verdade<sup>764</sup>. Juízos divergentes feitos pelas partes alargam os limites do conhecimento do magistrado sobre os fatos relevantes para a decisão e diminuem, portanto, a possibilidade de

---

<sup>763</sup> SNYMAN, C. R. *The Accusatorial and Inquisitorial Approaches to Criminal Procedure: Some Points of Comparison between South African and Continental Systems*, CILSA, 1975, 100-111. Asseverando que o peso das provas deve estar nas mãos das partes, vide: GOMES FILHO, Antonio Magalhães, Significados da presunção de inocência. In: COSTA, José de Faria *et alli* (coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 311-333.

<sup>764</sup> UBERTIS, Giulio. *Principi di Procedura Penale Europea – Le regole del giusto processo*, Milano: Raffaello Cortina Editore, 2000, p. 36.

equivocos<sup>765</sup>. Nesse sentido, na esteira de Popper, exatamente porque nosso objetivo é o de formular teorias tão perfeitas quanto possível, devemos submetê-las a testes tão severos quanto possível, isto é, devemos tentar identificar erros que nelas se contenham, devemos tentar falseá-las. Com efeito, segundo o autor, se não formos críticos, sempre encontraremos aquilo que desejamos: buscaremos e encontraremos confirmações, e não procuraremos nem veremos o que possa mostrar-se ameaçador para as teorias que nos agradam<sup>766</sup>.

## 8.2 – Diferenças estruturais entre as tradições jurídicas

Sendo irrealizável, pois, adentrar detalhadamente nas especificidades locais e nacionais, permitem-se, por outra abordagem, algumas formas de generalizações factíveis na presente pesquisa, de modo que, sem desconhecer as várias modificações recentes que parecem diminuir a distância que separa o *Common Law* do *Civil Law*, relacionam-se, neste momento, algumas diferenças fundamentais que tornam bastante desiguais os dois sistemas: 1) hierarquia e relevância das fontes; 2) assimilação do processo de codificação; 3) estrutura, organização e número de processos submetidos às cortes superiores; 4) formação jurídica dos futuros profissionais; 5) tipos de juízes que compõem o Poder Judiciário; 6) abrangência do vínculo aos precedentes judiciais vinculantes; 7) caráter inflexível do *Common Law*; 8) modelos de investigação pré-processual.

Não se desconhece, por óbvio, a indicação de outros critérios de diferenças: diz-se, por exemplo, que entre tantas diferenças profundas entre o *Common Law* e o Direito legislado, a maior delas é exatamente aquela que se dá entre um sistema conceitual, por um lado, e um sistema textual, por outro<sup>767</sup>. Também em outra abordagem, diz-se que a distinção entre estes dois sistemas de Direito opera-se, quando são comparados, primeiramente, os conceitos que forjam a originalidade de suas inspirações ideológicas muito diferentes: aos fundamentos teóricos aos quais se refere, principalmente, a *Civil*

---

<sup>765</sup> ZAPPALÀ, Salvatore. *Osservatorio del Tribunale Penale internazionale per l'ex-Jugoslavia Periodico: Diritto penale e processo Anno: 1998 - Volume: 4 - Fascicolo: 6*, p. 888.

<sup>766</sup> POPPER, Karl, *A Miséria do Historicismo*. São Paulo: Cultrix, 1980, p. 104.

<sup>767</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Martins Fontes, São Paulo, 2007, p. 331-332.

*Law*, opõe-se o método empírico ao qual subscreve tradicionalmente a *Common Law*<sup>768</sup>. A própria ambiguidade do termo “*Law*” é apontada como reminiscência diferenciadora entre os dois sistemas: a palavra inglesa pode ser usada para um conjunto inteiro de regras jurídicas baseadas na legislação e na jurisprudência (como na expressão “*Law of the land*”, a qual seria externada no sentido de Direito nos países continentais), como também para designar um ato específico do legislador (como na expressão *Parliament passed a Law*, a qual teria a conotação de Lei nos países continentais)<sup>769</sup>.

Também quanto às regras de provas, segundo Costa Andrade, os dois sistemas são emanções de distinta experiência e compreensão do direito, integradas em estruturas e princípios processuais a muitos títulos distintos, tanto no que respeita ao figurino e recorte dogmático como no que toca à área de tutela e implicações prático-jurídicas<sup>770</sup>. Segundo o autor, no Reino Unido, desde a Magna Carta (1215), tende-se a privilegiar a dimensão processual como sede de proclamação e de tutela, sendo que, lá, os direitos fundamentais começaram por fazer caminho como garantia contra a intervenção abusiva das instâncias de persecução criminal só num segundo momento, de forma derivada, ganhando significado material substantivo<sup>771</sup>. De modo diametralmente oposto, a experiência histórico-cultural e jurídica germânica mostra o primado da vertente substantiva e, apenas de forma reflexa e complementar, a tutela processual intervém e acaba por ganhar autonomia<sup>772</sup>.

Na origem dos sistemas, não resta dúvida de que o ponto distintivo primordial entre o sistema jurídico insular e o continental foi a adoção, por parte deste último, da tradição do *Corpus Juris Civilis* como base fundante de seu sistema legal<sup>773</sup>. Antes disso, as tradições e costumes comuns do “*the Law of merchants*”, a influência da

---

<sup>768</sup> CHENUT, Charles-Henry. Abordagem comparativa entre os sistemas de *Civil Law* e de *Common Law*. In: Estudos de direito comparado e de direito internacional. Ed. Juruá 2011, p. 153.

<sup>769</sup> Os exemplos foram ilustrados por Van Caenegem. O autor ainda aponta que, em contrapartida, os povos continentais usam a mesma palavra para os Direitos objetivo e subjetivo, ao passo que os ingleses usam *Law* para um e *right*, para o outro: VAN CAENEGEM, R. C. Juízes, Legisladores e Professores. Coletânea Teoria e Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Ed. Campus Jurídico, Elsevier, 2010, p. 02.

<sup>770</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as Proibições de Prova no Processo Penal, Coimbra Editora, 2006, p. 135.

<sup>771</sup> Ibid., 136.

<sup>772</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as Proibições de Prova no Processo Penal. Coimbra Editora, 2006, p. 136.

<sup>773</sup> Aliás, Segundo Caenegem, as duas principais características do Direito continental advêm dos fatos de se basearem em um *corpus juris* codificado. (VAN CAENEGEM, R. C. Juízes, Legisladores e Professores. (Coletânea Teoria e Filosofia do Direito). Rio de Janeiro: Ed. Campus Jurídico. Elsevier, 2010, p. 87).

Igreja e de seu Direito Canônico foram marcas comuns entre os dois sistemas<sup>774</sup>. A partir de então, a Inglaterra passou, por diversos motivos<sup>775</sup>, a desenvolver um sistema jurídico diametralmente diferente do Direito advindo das raízes romanas, evolução que alcançou o ponto de se afirmar que “o assombro do jurista continental ao ser confrontado com o *Common Law* inglês deve ser um dos mais poderosos fatores no estudo científico do Direito”<sup>776</sup>.

Diga-se, desde logo, entretanto, que não se insinua, nestas linhas de pesquisa, que essas diferenças entre os sistemas desenvolveram-se, desde então, a ponto de existir, no mundo contemporâneo, uma distância abissal entre os dois sistemas. Se porventura existiu um muito extremo distanciamento entre os dois sistemas, isso já vem sendo suplantado – embora de forma retalhada, sem critérios e esparsa - ao longo das últimas décadas<sup>777</sup>, através da importação de alguns institutos de um para outro sistema jurídico de famílias diferentes. Pretende-se confirmar a superação desse distanciamento através das propostas e resultados da presente pesquisa, as quais, a princípio, aplicar-se-ão a ambas as famílias indistintamente, de modo que se passa, então, à análise pontual das diferenças que a presente pesquisa sugere como sendo fundantes.

---

<sup>774</sup> VANDERBILT, Arthur T., *The Reconciliation of Civil Law and the Common Law, in The Code Napoleon and the Common-Law World* 92, 102 - Bernard Schwartz ed., Greenwood Press 1975, p. 391.

<sup>775</sup> Alguns dizem que a organização profissional dos *Lawyers* ingleses, os quais advogavam sempre em favor de seus clientes mais ricos, levou-os a subestimar a importância do *Corpus Iuris* (WATSON, Alan, *The making of the Civil Law, 1 ed. Cambridge, Harvard University Press*, 1981, p. 37). Outros, entretanto, atestam que o Direito inglês não aceitou a influência do Direito romano, pois este não passava de um direito academizado e, principalmente, distante da realidade prática jurídica da Inglaterra (VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law, Os dois grandes sistemas legais comparados*, Sergio Antonio fabris Editor, Porto Alegre, 2007, p. 216). Também se levanta a ideia de que a Inglaterra e seu Direito seriam democráticos, enquanto a tradição continental seria antidemocrática, autoritária e absolutista, motivo pelo qual o Direito romano, que sempre foi autocrático e, desde o tempo de Justiniano, continuou, por vários séculos, imbuído do espírito despótico, e o posterior processo de codificação tiveram sucesso no continente, e não na Inglaterra. (VAN CAENEGEM, R. C. Juízes, Legisladores e Professores. (Coletânea Teoria e Filosofia do Direito). Rio de Janeiro: Ed. Campus Jurídico, Elsevier, 2010, p. 51.

<sup>776</sup> Palavras expressas por Van Caenegem em: *Ibid.*, p. 01.

<sup>777</sup> Para uma análise dessa convergência evolutiva, duas obras do mesmo autor: CAPPELLETI, M., *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1971, p. 66-68, 84, 100; CAPPELLETI, M., MERRYMAN, J. H.; PERILLO, J.M. *The Italian Legal System An Introduction Stanford University Press* 1967, p. 162-163.

### 8.2.1 – A hierarquia e a relevância das fontes

Atualmente, uma dessemelhança significativa entre o sistema legal insular e continental diz respeito às fontes prioritárias de seus sistemas. Prevendo ambos os sistemas as mesmas fontes jurídicas (lei, jurisprudência, costume, princípios gerais do Direito e doutrina), diferencia-os, entretanto, de forma incisiva, a “ordem hierárquica” com que se compõe a relevância dessas fontes. Assim, por exemplo, os costumes podem vir a ser considerados como normas primárias no *Common Law*, podendo-se sobrepor inclusive aos precedentes e às leis escritas, possibilidade esta inexistente no direito continental, que tem os costumes como normas secundárias que nunca podem sobrepor-se às leis<sup>778</sup>. Os princípios gerais do Direito constituem fontes secundárias dele tanto na *Common Law* quanto na *Civil Law*.

Atuando secundariamente em ambos os sistemas, a doutrina tem, no Direito continental, um papel bem mais relevante. Enquanto, no Direito insular, a doutrina exerce o papel de comentar os precedentes vinculantes, no *Civil Law*, ela tem um papel significativo tanto na etapa de elaboração quanto de interpretação e aplicação das normas. Nesse sentido: “*Scholars mold the Civil Law tradition and the formal materials of the Law into a model of legal system*”<sup>779</sup>. Em uma análise comparativa entre os sistemas jurídicos da Inglaterra e da Alemanha, Van Caenegem afirma que o papel proeminente dos juízes naquela, e dos juristas, nesta, foi uma consequência direta da história política e das instituições diferentes dos dois<sup>780</sup>. No sistema insular, a lei e a jurisprudência são suas fontes primárias, sendo as decisões dos juízes e tribunais sua expressão máxima e, portanto, sua fonte primária mais relevante, muito embora a legislação tenha adquirido, desde Bentham, especial relevância<sup>781</sup>.

---

<sup>778</sup> Essa referência em relação ao sistema continental deve ser vista, obviamente, com reservas. Assim, segundo Caeiro, os deveres internacionais gerais dos Estados em matéria de respeito e tutela aos direitos humanos contêm “proibições implícitas de incriminação”, as quais adquirem valor de costume internacional, devendo as legislações nacionais, assim, estarem compatíveis com o Direito internacional comum. (CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado – O caso Português*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 355).

<sup>779</sup> MERRYMAN, John Henry e REREZ-PERDOMO. Rogelio Perez-Perdomo, *The Civil Law tradition, an Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin American*. Stanford: Stanford University, 2007, p. 60.

<sup>780</sup> VAN CAENEGEM, R. C. Juízes, Legisladores e Professores, *Coletânea Teoria e Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro: Ed. Campus Jurídico, Elsevier, 2010, p. 59.

<sup>781</sup> A principal modificação que, para a *Common Law*, marca o transcurso desses dois séculos, a partir da eclosão dos diversos movimentos democráticos e da influência do pensamento exposto por Jeremy Bentham, é o desenvolvimento da legislação. (DAVID, René. *Os grandes Sistemas do Direito*

Em contraponto, o sistema continental puro encontra na lei sua única fonte primária, sendo a jurisprudência apresentada, nesse sistema, como fonte secundária apenas aplicadora e interpretativa, e não criadora do Direito<sup>782</sup>. Essa característica do sistema civilista advém dos processos de reforma da Revolução Francesa, entre os quais se atribuiu unicamente ao povo o exercício de vontade por meio da produção de leis, afirmando-se que todas as normas aplicadas provêm exclusivamente dessa fonte, e a aplicação das normas dão-se através de um simples processo mecânico<sup>783</sup>. Segundo a visão tradicional, nos sistemas que têm, por base, a referida família, o papel da jurisprudência é, primordialmente, o de identificar, através de diversos critérios interpretativos, o resultado que, em cada hipótese, representa a intenção do legislador ou o espírito da própria lei<sup>784</sup>. Assim é que se diz, nos dias atuais, que, nos sistemas de Direito romano-germânico, a lei é, para o juiz, um guia para perceber, através da disposição dos princípios e da classificação das regras, a intenção legisladora. Assim, somente a lei constitui o direito, para o qual os juízes são apenas os porta-vozes<sup>785</sup>.

---

Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 377). O pai da doutrina filosófica do utilitarismo e seguidor da filosofia de Lock, Hume, Montesquieu, Helvécio, Beccaria e Barrinton exposou ideias reformistas e modernizadoras da legislação que impulsionaram a sistematização e organização do sistema jurídico inglês, gerando transformações na *Common Law* a ponto de conseguir que, pela primeira vez, em sete séculos de vida, os juristas ingleses se importassem mais com as questões de fundo do que com os aspectos meramente processuais. Bentham defendeu a necessidade de se fazer um Direito menos técnico e mais acessível à população, postulando a ideia de dismantelar os velhos sustentáculos que represavam o Direito inglês em amarras procedimentais e aduzindo que os juízes do Parlamento tinham a responsabilidade social de elaborar as leis e examinar os problemas mais relevantes da ciência da legislação, sempre apontando, como referência, o princípio da utilidade. (MORENO, Miguel Duro, *Introducción al Derecho Inglés, La traducción jurídica inglés-español y su entorno*. Madrid: Edisofer S.L. Libros Jurídicos, 2005, p. 145). RAWLS aponta inclusive que, depois das publicações das últimas obras dos grandes pensadores utilitaristas britânicos, sobretudo os de John Stuart Mill, entre 1859 e 1863 e até década de 1960, não houve “nenhum esforço mais ambicioso de teorização” no campo da filosofia anglo-saxônica, fato que, segundo Rawls, levou a Peter Laslett (LASLETT, Peter. *Philosophy, Politics and Society*. Oxford, Basil Blackwell, 1956, p. vII) a anunciar, em 1956, “a morte da teoria política”. (RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Jussara Simões. 3. ed, 2008. Apresentação à Edição Brasileira, p. X).

<sup>782</sup> Com a ressalva da assimilação, por parte dos tribunais nacionais, de institutos insulares, tais como a súmula vinculante, o uso de precedentes e os incidentes de repercussão geral, tornam a jurisprudência, nesse sistema, fonte primária não apenas de aplicação e interpretação, mas também de criação do Direito.

<sup>783</sup> POUND, Roscoe, *Las grandes tendencias del pensamiento juridico*, Barcelona, Ariel, 1950, p. 7-8.

<sup>784</sup> Nesse sentido, explicita Holmes: “no caso de uma lei, seria possível dizer que, como estamos lidando com os comandos do soberano, a única coisa a fazer é descobrir o que o soberano deseja” (HOLMES, Oliver Wendell. *The Theory of Legal Interpretation*, 12 *Harvard Law Review*, 1899, p. 419).

<sup>785</sup> GARAPON, Antoine. *Julgar nos Estados Unidos e na França – cultura jurídica francesa e Common Law e uma perspectiva comparada*. Trad. de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 33.

## 8.2.2 – A assimilação do processo de codificação

A codificação, no mesmo sentido, ainda perfaz uma das principais divergências entre os dois sistemas jurídicos. Já se afirmou que, “se o *Common Law* representa alguma coisa, é a ausência de código e, da mesma maneira, o *Civil Law* representa a codificação”, sendo “este um contraste que todo jurista na Inglaterra e no continente reconhece”<sup>786</sup>. Diga-se, entretanto, que parte da doutrina entende que a codificação, por si só, não serve para explicar a distinção entre os sistemas, não sendo verdade estante que o *Civil Law* diferencia-se pelos códigos e pela tentativa de completude da legislação, enquanto o *Common Law* teria uma característica exatamente contrária<sup>787</sup>. Embora a característica distintiva clássica do *Civil Law* ainda seja válida - com a personificação de regras e dos princípios do direito em um código, enquanto as mais importantes fontes da *Common Law* advêm de uma jurisdição baseada em decisões de casos judiciais -, pode-se detectar, como será visto, com mais detalhes, no tópico seguinte, uma tendência para a codificação em muitos países de *Common Law*<sup>788</sup>.

Muito embora os países do sistema anglo-americano tenham atingido uma intensa produção legislativa e assumido inclusive o processo de codificação, ainda constitui evidente variante do sistema romano para o *Common Law* o significado que se atribui aos códigos<sup>789</sup> e à função que o juiz exerce ao considerá-los<sup>790</sup>. No sistema insular,

---

<sup>786</sup> As afirmações são vistas, de forma expressa, em: VAN CAENEGEM, R. C. Juízes, Legisladores e Professores. (Coletânea Teoria e Filosofia do Direito). Rio de Janeiro: Ed. Campus Jurídico, Elsevier, 2010, pp. 07, 08 e 12.

<sup>787</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a Necessidade de respeito aos Precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, 2008, p. 40. Nesse pertinente, *Merryman* assinala que “escuta-se com frequência, às vezes de pessoas de quem se esperaria melhor entendimento, que os sistemas de *Civil Law* são sistemas codificados estatutários, ao passo que o *Common Law* é não codificado e largamente baseado em decisões judiciais. Se, todavia, se tiver em conta a codificação não como forma, porém como a expressão de uma ideologia; e que se se tentar compreender tal ideologia e o porquê de sua expressão por meio de codificação, pode-se, então, alcançar como faz sentido a menção a códigos no direito comparado”. (MERRYMAN, John Henry, *The Civil Law tradition, an Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin American*. Standford: Standfor University, 2007, p. 62).

<sup>788</sup> Por exemplo, Austrália, Inglaterra e Estados Unidos têm agora um extenso corpo de códigos nas áreas de falência, propriedade intelectual, antitruste, regulamentação bancária e títulos. (MATTEI, U., *Comparative Law and Economics*, University of Michigan Press, Michigan, 1997, p. 101-21).

<sup>789</sup> Quanto a esse significado, o código é, nas palavras de Faria Costa, “uma rede de intencionalidades jurídicas que se pode e deve ver como rede diferenciada mas, de igual jeito, como um ponto de fuga onde convergem a multiplicidade de intencionalidades que se quiseram espelhar nas diferentes normas que compõem tal corpus”. (COSTA, José de Faria. *Direito penal especial (Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 22).

<sup>790</sup> MERRYMAN, John Henry, Op. Cit., p. 27-28.

de fato, os códigos não têm a pretensão de fechar os espaços para a atividade do julgador e, a partir daí, não se ocupam em prever todas as regras capazes de solucionar os casos conflitivos. De modo que, segundo Marinoni, se alguma diferença há, no que diz respeito aos códigos, entre o *Civil Law* e o *Common Law*, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de código<sup>791</sup>. O código, na tradição do *Civil Law*, não é uma lista de regras especiais aplicáveis a situações particulares, mas, propriamente, um corpo de princípios gerais cuidadosamente ordenados e intimamente integrados<sup>792</sup>, caracterizados por uma forte ideia de definitividade e permanência. Nesse último aspecto, segundo Faria Costa, “o *corpus* normativo a que chamamos código tem que nascer geneticamente com a vocação de validade transgeracional”<sup>793</sup>. Os estatutos, no *Common Law*, não são usualmente concebidos em termos de princípios gerais, mas “consistem em regras particulares que tendem a controlar certos panoramas fáticos especificados com detalhar considerável”<sup>794</sup>, o que envolve o perigo da *over-criminalisation*<sup>795</sup>.

Mais e mais, mesmo quando um ou outro regime jurídico do *Common Law* admite, em seu plano interno, algumas normas codificadas, essas ainda são consideradas de natureza secundária em seus sistemas jurídicos. As leis escritas previstas em países com essa tradição jurídica normalmente se materializam em estatutos (*state Laws*), que desenvolvem previsões em áreas bem específicas dos ramos jurídicos (p. ex., Estatuto da Adoção, Estatuto dos Crimes contra o Patrimônio, Estatuto da Defesa em Procedimento do Júri, entre outros), sem o objetivo de consolidação dos códigos e sem o caráter genérico e abstrato das leis dos sistemas continentais. Assim é que, na “na *Common Law*, a ideia que permeia o sistema é de que o Direito existe não para ser um edifício lógico e sistemático,

---

<sup>791</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a Necessidade de respeito aos Precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n. 47, 2008, p. 40.

<sup>792</sup> HEINZE, Alexander. *International criminal procedure and disclosure : an attempt to better understand and regulate disclosure and communication at the ICC on the basis of a comprehensive and comparative theory of criminal procedure*, Berlin : Duncker & Humblot, 2014, p. 105.

<sup>793</sup> Ainda segundo Faria Costa, referindo-se especificamente ao código penal, “o pressuposto, não só simbólico, mas real, de que um CP deve transportar, como sua carga genética – independentemente daquilo que hoje seja tido como definidor do lapso de tempo que deve caracterizar uma geração – é qualquer coisa de essencial à própria noção de Código” (COSTA, José de Faria. *Direito penal especial (Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 23).

<sup>794</sup> DAINOW, Joseph. *The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison*, 15 Am. J. Comp. L. 1967, p. 425.

<sup>795</sup> BROWN, Darryl K. *Criminal Law Theory and Criminal Justice Practice*, 49 Am. Crim. L. Rev., 2012. p. 78.



mas para resolver questões concretas”<sup>796</sup>. Segundo Pound, quando previstos em regimes de *Common Law*, os códigos ainda são relegados a meros instrumentos declaratórios<sup>797</sup>. Nos países de raízes romano-germânicas, muito pelo contrário, os códigos impõem-se, até os dias de hoje, como a grande expressão de autoridade de seus sistemas normativos<sup>798</sup>, em paralelo com o acentuado aumento da importância dos textos constitucionais. Nesse raciocínio, não há erro em concluir que, contemporaneamente, os códigos continuam a ser, portanto, uma nota distintiva entre os dois sistemas jurídicos, pois as exceções contidas em um ou outro ordenamento insular são, dentro destes, de relevância e normatividade bastante frágil, quando comparados à força dos precedentes vinculantes.

### 8.2.3 – A estrutura e a organização das cortes superiores

A composição dos tribunais superiores dos sistemas continentais são profundamente diferentes das cortes insulares, possuindo estas últimas uma estrutura unitária e bastante enxuta, e, a maioria delas, de bem poucos membros<sup>799</sup>. Os países de tradição continental estruturam o topo da hierarquia de seu ordenamento, normalmente, com a previsão de duas cortes superiores<sup>800</sup> e, dentro da composição destas, quase sempre, preveem, diferentemente dos países da *Common Law*, um quantidade grande de

---

<sup>796</sup> SOARES, Guido Fernando Silva, Curso de Direito Internacional Público, v.I, São Paulo, Editora. Atlas, 1.ed., 2002, p. 53.

<sup>797</sup> POUND, Roscoe, *Codification in Anglo-American Law, The Code Napoleon and the Common Law World*, Bernard Schwartz ed., Greenwood Press 1975, pp. 270-271.

<sup>798</sup> Nesse sentido, já se defendeu que “a codificação é certamente a técnica mais característica dos direitos da família romanista”. (GARAPON, Antoine. *Julgar nos Estados Unidos e na França – cultura jurídica francesa e Common Law e uma perspectiva comparada*. Trad. de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 33).

<sup>799</sup> A Suprema Corte Americana tem apenas nove membros, enquanto a Suprema Superior do Estado da Califórnia tem apenas sete membros.

<sup>800</sup> Assim, no sistema francês, a *Cour de Cassation* (para matérias comuns, cíveis e penais) e o *Conseil d'État* (para assuntos administrativos). No ordenamento alemão, há uma estrutura com cinco Cortes Supremas: o *Bundesgerichtshof* (para matérias comuns, cíveis e penais) e o *Bundesverwaltungsgericht* (para assuntos administrativos), e outras três para matérias especializadas (o *Bundesarbeitsgericht* – para matéria trabalhista -, o *Bundesfinanzhof* – para assuntos fiscais – e o *Bundessozialgericht* – para matérias relacionadas a direitos sociais). O Brasil possui uma estrutura de Tribunais Superiores bastante típica, possuindo três cortes superiores em matérias especiais (eleitoral, trabalhista e militar) e, na área comum (cível e penal, tanto na Justiça Federal quanto Estadual), dois Tribunais de Superposição (o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça), todos eles, entretanto, subordinados, em última instância, a uma única Suprema Corte (exatamente o Supremo Tribunal Federal). No ordenamento jurídico norte-americano, entretanto, a Suprema Corte funciona como órgão único de sobreposição de todo o Poder Judiciário, sendo hierarquicamente superior a todas as Supremas Cortes estaduais, demais tribunais e juízes do país, cabendo justamente à Suprema Corte o papel de conferir unidade ao seu sistema jurídico.

magistrados<sup>801</sup>. A grande consequência gerada por essa diferenciação entre o número de magistrados componentes diz respeito à própria repercussão das decisões no ordenamento jurídico e no meio social.

Isso é exposto por Cappelletti no sentido de que a diluição da estrutura dos tribunais da *Civil Law* em muitas Câmaras e Seções – devido ao elevado número de componentes – gera um enfraquecimento da autoridade destes, quando comparados às Supremas Cortes dos países de *Common Law*<sup>802</sup>. Assim é que Costa Andrade estende razão a Herrmann, quando interpreta os desenvolvimentos mais recentes da jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* e do *Supreme Court* como “marchas de sentido contrário” (*Entgegengesetzten Marschrichtungen*) na direção de um horizonte comum de convergência<sup>803</sup>.

Historicamente, os tribunais superiores dos países do sistema romanista sempre foram sobrecarregados de processos, especialmente, quando comparados ao número de processos que se submetem à alçada das cortes supremas dos países da *Common Law*. Como ilustração comparativa bastante elucidativa, basta citar que, em 2010, foram julgados pela Suprema Corte americana cerca de 100 casos<sup>804</sup>, enquanto o Supremo Tribunal Federal brasileiro julgou, naquele mesmo ano, cerca de 90.000 processos<sup>805</sup>. Um ano antes, o site do TCF aponta um histórico da quantidade de processos tramitando na Corte de exatamente 6.508 ações, número bem inferior ao do brasileiro, mas, ainda, abissalmente superior ao constatado na Suprema Corte americana<sup>806</sup>.

Nesses sistemas, sempre se admitiu um poder discricionário conferido às cortes superiores de se recusar a decidir alguns recursos levados a seu julgamento, escolhendo decidir apenas os que suscitam questões de maior relevância geral e que

---

<sup>801</sup> Nesse sentido, a composição das duas Cortes Superiores francesas, do *Bundesgerichtshof* alemão e da Corte de *Cassazione* italiana possui mais de 100 membros (FEDERICO, Giuseppe Di. *La Giustizia come Organizzazione, La Corte di Cassazione*, Bari, Laterza, 1969, p. 55). No Brasil, uma das Cortes Superiores, o Superior Tribunal de Justiça, compõe-se de 33 membros.

<sup>802</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 117.

<sup>803</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova no Processo Penal*, Coimbra Editora, 2006, p. 187.

<sup>804</sup> Fonte: Portal da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/about/justicecaseload.aspx>, acessado em 02 de janeiro de 2014.

<sup>805</sup> Fonte: Portal do Supremo Tribunal Federal, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=168440>, acessado em 02 de janeiro de 2014.

<sup>806</sup> Fonte: Portal do Tribunal Constitucional Federal alemão, disponível em, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/organization/gb2009/A-I-2.html>, acessado em 02 de janeiro de 2014.

aparentem, para a Corte, serem de maior gravidade<sup>807</sup>. Um vastíssimo número de casos a que se submetem os membros das cortes superiores deixa clara uma consequência de perda da qualidade, dedicação e coerência dos julgados, o que, em última instância, acaba por comprometer também a própria autoridade desses tribunais<sup>808</sup>. Chegou-se a dizer que essa equidistância na quantidade de julgamentos submetidos às Cortes Superiores representaria a mais fundamental diferença entre os sistemas jurídicos dos países de *Common Law* e os adeptos dos países do sistema romano-germânico<sup>809</sup>.

Acrescente-se, centretanto, como outro ponto de convergência os sistemas jurídicos alemão e norte-americano, que o Tribunal Federal Constitucional alemão – a exemplo da Suprema Corte norte-americana –, detém o direito de escolha entre os diversos litígios postos sob sua apreciação, podendo indicar quais os que pretende produzir jurisprudência para o resguardo dos direitos constitucionais fundamentais, a integridade da Lei Fundamental, o respeito à divisão dos poderes e o sustento do princípio constitucional do federalismo<sup>810</sup>. Embora possa transparecer paradoxal, cumpre perceber, quanto a essa aproximação, que, em muitos aspectos, o sistema alemão, formal e historicamente mais

---

<sup>807</sup> A Suprema Corte Americana ostenta o poder de supervisão sobre qualquer manifestação judicial estadual ou federal, devendo toda a estrutura judiciária do país reverência aos princípios constitucionais da União. A aplicabilidade desse poder de supervisão (*supervision power/supervision authority*) exercita-se, de forma acentuadamente discricionária, a partir da própria faculdade da Suprema Corte, através dos chamados “mandados de certificação” (*writs of certiorari*) baseados na “Lei de Mandado de Certificação” (*Certiorari Act, de 1925*). Cabe à própria Suprema Corte, portanto, decidir quais os recursos admitirá para análise, sendo irrelevante a vontade das partes. As premissas para que os juízes da Suprema Corte assumam, por si próprios, a competência para determinado julgamento segue, segundo Ramos, os seguintes modelos: “a) que o caso envolva uma questão federal importante; b) que haja conflito relevante de interpretação da lei ou da Constituição entre Cortes Estaduais ou entre estas e as Cortes Federais ou c) que a decisão envolva ‘questão de direito’ que mereça discussão no âmbito da Suprema Corte” (RAMOS, João Gualberto Garcez. Curso de Processo Penal norte-americano, Prefácio Lêda Boechar Rodrigues. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 91). A consequência óbvia do pequeno número de processos que chegam a ser julgados pela Suprema Corte Americana é a constatação de que, na imensa maioria dos casos, as Cortes Estaduais têm a palavra final sobre o direito debatido.

<sup>808</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 119.

<sup>809</sup> Nesse sentido, utilizando o termo “*summa divisio*” entre os sistemas: TUNC, André. *La Cour Suprême: une enquête comparative, Synthèse, Publisher Impr. moderne*, 1978, p. 8, 17-18, 27.

<sup>810</sup> Somando argumentos e questionamentos quanto à proximidade entre o sistema alemão e o sistema de países adeptos da *Common Law*, Martins história e raciocina, no seguinte sentido, *in*: “Roman Hezog, ex presidente do Tribunal Constitucional Federal alemão (a seguir: TCF) e depois Presidente da República Federal da Alemanha, afirmou, no ano de 1993, que ‘o direito constitucional alemão era constituído, com a entrada em vigor da *Grundgesetz* em 1949, por (seus) 146 artigos; hoje, 40 anos depois, ele constitui-se de aproximadamente 15 a 16.000 páginas publicadas de decisões jurisdicionais constitucionais’. Direito constitucional formado por decisões judiciais do tribunal constitucional?”, certamente se perguntará, perplexo, o leitor brasileiro. Não seria, na Alemanha, assim como no Brasil, a lei a fonte imediata do direito? Teriam os alemães adotado, depois da entrada em vigor da *Grundgesetz*, o sistema de fontes característico da *Common Law*?” (MARTINS, Leonardo. Direito Processual Constitucional Alemão/ Leonardo Martins. São Paulo:, Atlas, 2011, p. 01).

próximo, por exemplo, do Direito francês<sup>811</sup> do que do Direito norte-americano e fazendo parte, junto com o primeiro, da família jurídica de raiz romanística, detém, na prática, mais características em comum com o sistema de justiça criminal norte-americano do que com o sistema penal francês<sup>812</sup>. Assinale-se, entretanto, que o processo penal norte-americano e alemão continuam dando expressão arquetípica a dois modelos contrapostos recorrentemente assinalados pela doutrina<sup>813</sup>.

---

<sup>811</sup> O primeiro Código de Processo Penal alemão, adotado em 1877, deriva, diretamente, do Código de Processo francês de 1808. Essa ausência de similitude com o Direito francês não diz respeito apenas ao Direito germânico. Muito pelo contrário, o modelo francês tem uma influência muito restrita ao seu país originário, em que pese o fato de o Código Civil francês ter sido traduzido e adotado em muitos países, o que inclui quase a totalidade dos países da América Latina. O modelo desses países, entretanto, segue muito mais o padrão de ensinamento alemão na estrutura tanto do Direito Penal quanto do próprio Direito Civil.

<sup>812</sup> Nesse sentido, Frase e Weigend destacam, ainda, que o modelo alemão tem contribuído, inclusive, para a convergência, como um todo, dos sistemas da *Common Law* e da *Civil Law*. O fato de que a Alemanha (juntamente com muitos outros sistemas continental) ter reconhecido não só a importância dos direitos humanos, mas também a igualdade de armas entre o arguido e os agentes do Estado, como um princípio orientador do processo criminal, tem contribuído para um processo de convergência entre a *Common Law* e a *Civil Law*. A semelhança crescente da prática jurídica alemã e norte-americana sugere que estes dois sistemas são suficientemente compatíveis para permitir a reforma de seus sistemas e o empréstimo de institutos da Alemanha para Estados Unidos e vice-versa. Os sistemas jurídico-penais alemão e norte-americano possuem diversos elos de convergência, podendo-se citar as seguintes características gerais em comum, de acordo com catálogo elaborado por Frase e Weigend: 1) a polícia e os promotores alemães, como os seus homólogos americanos, tendem a funcionar mais como adversários do que como os investigadores neutros, diferentemente do que ocorre com os demais países do sistema continental; 2) na prática, na grande maioria dos casos, o procedimento de pré-julgamento alemão se assemelha ao modelo norte-americano (a polícia investiga, as acusações partem do Ministério Público, e os juízes meramente aprovam medidas extraordinárias de investigação); 3) os dois países empregam um sistema em "quatro níveis": casos insignificantes e não contestados são tratados através de sistema de multas programadas, por meio de audiências simplificadas; juízes individuais realizam julgamentos de menor complexidade; pequenos tribunais colegiados (três juízes ou seis jurados) julgam casos de complexidade intermediária; tribunais colegiados maiores conduzem julgamentos dos casos mais importantes; 4) cada país reconhece procedimentos análogos de colheita probatória, direitos substantivos e remédios excludentes, com exceções muito semelhantes aos direitos e remédios; 5) regras de prisão e detenção análogas são encontradas em ambos os sistemas; 6) na prática, apesar de a regra alemã de acusação ser "obrigatória", um amplo poder discricionário inicial é exercido pelo Ministério Público em ambos os países; 7) acusados que colaboram frequentemente recebem sentenças mais brandas, tácita ou explicitamente; 8) uma variedade de direitos da vítima são reconhecidos em cada país; 9) as limitações de direitos humanos contidas nas constituições nacionais e/ou acordos internacionais assinados pelos países desempenham um papel importante em ambos os sistemas (FRASE, Richard S.; WEIGEND, Thomas. *German Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: Similar Problems, Better Solutions?*, *Boston College International & Comparative Law Review*, v. XVIII, n.2 18 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 317 1995, p. 358).

<sup>813</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova no Processo Penal*. Coimbra Editora, 2006, p. 137.

#### 8.2.4 – A formação jurídica dos futuros profissionais

A formação jurídica acadêmica dos estudantes dos países que fazem parte de um e outro sistema ajuda a entender esses arquétipos que distinguem as duas grandes famílias de sistemas legais. Na educação legal, por exemplo, os estudantes de *Civil Law* são treinados para serem juízes e, assim, deles se espera a resposta correta ao problema sob exame. Os estudantes de *Common Law* se identificam mais com os advogados e com suas habilidades de boa argumentação em ambos os lados da contenda. Nas anotações em que constroem seus argumentos, os advogados de *Civil Law* sempre citarão a previsão do código, se relevante, e, então, jurisprudência e literatura acadêmica que o expliquem<sup>814</sup>. Os de *Common Law* seguirão primeiramente a jurisprudência que contemple a previsão estatutária.

Nos grandes sistemas de *Civil Law*, a autoridade acadêmica tem atuado com papel ostensivamente maior do que aquele de escritores de tratados e de livros na tradição do *Common Law*. Isso é particularmente verdadeiro nos sistemas legais francês e alemão, onde os grandes doutrinadores do Direito Civil francês (p. ex. Pothier) e do Direito Penal alemão (p. ex. Roxin) têm uma influência comparável à autoridade de grandes juízes nos sistemas de *Common Law* (p. ex. Brandeis, Holmes)<sup>815</sup>. É claro que não se deve subestimar a influência dos doutrinadores – primeiramente, Coke e Blackstone – na evolução do *Common Law*, nem que os modernos especialistas em crimes e contratos (p.ex. Prosser, Williston) têm uma influência em nada menos significativa que aquela dos mais importantes doutrinadores do *Civil Law*<sup>816</sup>. A esse respeito, a conclusão dos civilistas é de que confiam mais na autoridade dos acadêmicos consagrados, enquanto as cortes de *Common Law* denigrem tais fontes ao grau de “autoridade secundária”. Na realidade, contudo, em certos campos do Direito, – Constitucional, Internacional – os doutrinadores do *Common Law* detêm grande influência. Eles são citados regularmente pela Suprema Corte dos EUA, enquanto que trabalhos acadêmicos pouco são citados por Cortes continentais, salvo nas Supremas Cortes alemãs<sup>817</sup>.

---

<sup>814</sup> FLETCHER, George P. *The Influence of the Common Law and Civil Law Traditions on the International Criminal Law, The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Ed. A. Cassese, Oxford University Press, New York, 2009, p. 104.

<sup>815</sup> Ibid., p. 104.

<sup>816</sup> Ibid., p. 105.

<sup>817</sup> Ibid., p. 105.

### 8.2.5 - Os tipos de juízes que compõem o Poder Judiciário

A ideologia de que o legislativo é o único ente autorizado à produção do Direito e de que o fenômeno jurídico resume-se à lei marca a evolução histórica do sistema civilista desde o processo de codificação<sup>818</sup> e das concepções advindas da Revolução Francesa<sup>819</sup>. Os ideais revolucionários procuraram criar um Direito que fosse capaz de eliminar o passado e as tradições, até então, herdadas de outros povos, apresentando um sistema jurídico claro e completo, na intenção de impedir qualquer tipo de interferência judicial no desenvolvimento do Direito e do poder governamental. A intenção era varrer inteiramente as velhas e más leis, rompendo totalmente com o regime jurídico antigo e inaugurando um novo sistema. A legislação, criada por representantes eleitos e emitida na forma de códigos, era o mais caro desejo do povo, tendo sido a legislação surgida com a Revolução a expressão mais eloquente desse sentimento de criação de um Direito novo e popular, enquanto o Direito romano e os parlamentos representavam a imobilidade e o antigo regime<sup>820</sup>. Isso, porque os juízes pré-revolucionários recusavam-se a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos, interpretando as novas leis de modo a manter o *status quo* e a não permitir que as intenções progressistas dos seus elaboradores fossem atingidas<sup>821</sup>.

Não havia como confiar nos juízes, que, até então, estavam ao lado dos senhores feudais e detinham firme oposição à centralização do poder, havendo a necessidade de deslegitimá-los mediante a subordinação dos seus poderes ao poder do Parlamento. Como a lei era imprescindível para a concretização dos objetivos revolucionários, e os juízes não mereciam a confiança do Novo Regime, a supremacia do Parlamento, na França, diferentemente da Inglaterra, foi vista como a sujeição do juiz à lei,

---

<sup>818</sup> Historicamente, a codificação representou uma arma contra o Judiciário, que possuía os seus cargos e invocava nebulosos princípios gerais que não estavam escritos em lugar nenhum (VAN CAENEGEM, R. C. Juízes, Legisladores e Professores. (Coletânea Teoria e Filosofia do Direito). Rio de Janeiro: Ed. Campus Jurídico, Elsevier, 2010, p. 106).

<sup>819</sup> SILVA, Ovidio Araujo Baptista. Processo e Ideologia - o Paradigma Racionalista – 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 89-94.

<sup>820</sup> VAN CAENEGEM, R. C. Juízes, Legisladores e Professores, Coletânea Teoria e Filosofia do Direito, Ed. Campus Jurídico, Elsevier, Rio de Janeiro, 2010, p. 107.

<sup>821</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a Necessidade de respeito aos Precedentes no Brasil, Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.47, 2008, p. 39.

proibido que foi inclusive de interpretá-la, para não distorcê-la e, assim, frustrar os objetivos da Revolução Francesa<sup>822</sup>.

A partir do postulado de que o juiz não estava autorizado a criar o Direito – já que essa função era atribuída ao legislador como único representante da vontade e dos valores do povo –, até mesmo as lacunas do sistema jurídico deveriam ser resolvidas pelos juízes com base na vontade do legislador, concepções essas que estão incrustadas até hoje<sup>823</sup>. A falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário é, até os dias atuais, posta em juízo de valor. Cappelletti refletiu sobre o tema, ao indagar se é possível, em um regime democrático, que juízes ou tribunais, relativamente isentos de responsabilidade e que não sejam escolhidos pelo povo, possam impor sua própria hierarquia de valores e suas predileções pessoais, ao interpretar as disposições constitucionais, de alta vagueza semântica<sup>824</sup>.

O contra-argumento é posto no sentido de que as legislaturas não são, na verdade, tão representativas assim, pois se submetem cotidianamente a pressões de grupos

---

<sup>822</sup> Desde os idos da Revolução Inglesa – quando se pregou a subordinação política do monarca ao poder parlamentar como consolidação do protagonismo da Casa dos Comuns na vida política britânica – afirma-se, claramente, a primazia política do Parlamento sobre os demais poderes, de modo que a teoria da separação dos poderes reflete-se de uma forma relativamente imperfeita, na Inglaterra (FETSCHER, Iring. *La Ilustración em Francia: La Enciclopedia*, Montesquieu, Rosseau. In: VALLESPÍN, F. *Historia de La teoria política*, v. III. Madrid: Alianza Editorial, 1991, p. 1020). O princípio da Supremacia do Poder Legislativo, reconhecido no Ordenamento Jurídico Britânico desde o *Bill of Rights* de 1689, fundamenta-se na premissa de que o Parlamento é, verdadeiramente, o legítimo representante do povo, não podendo, por isso, ter restrições ao seu poder de legislar. Em sua gênese, Lock assim o afirmou: “o legislativo necessariamente terá de ser um poder supremo, e todos os outros poderes vigentes na sociedade, dele derivados ou a ele subordinados” (LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo. Trad. De Alex Martins. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002, p. 110). Conforme observa Leyland, “the Bill of Rights of 1689 makes the Crown subject to the will of Parliament and that also recognizes that Parliament (Crown, Lords, and Commons) has unlimited legislative authority” (LEYLAND, Peter. *The Constitution of The United Kingdom*. Portland: Hart Publishing, 2007. p. 35). Já foi dito, quanto à robustez desse princípio dentro do Direito inglês, que o Parlamento e a sua supremacia são o único dogma de uma Constituição sem dogmas. Nas palavras de Menaut, “em Inglaterra, el Parlamento, o más bien ‘la Reina en Parlamento’, es el núcleo del sistema político, y su soberanía o supremacía es el único dogma de esta Constitución sin dogmas” (PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *El Ejemplo Constitucional de Inglaterra*. Madrid: Universidad Complutense Madrid, 1992. p. 117). Essa ascendência do Poder Legislativo também foi retratada por Blackstone, quando expunha sua própria definição de lei: “Law is a rule of Civil conduct prescribed by the supreme Power in the State...” (BLACKSTONE, William. *Commentaries of the Law of England*, Oxford, Clarendon Press, v.I, 1979, p. 53).

<sup>823</sup> Reconhece-se, entretanto, uma intensificação da criatividade da função jurisdicional, tanto em juízes do *Common Law* quanto do *Civil Law*, como fenômeno do século XX. Nesse sentido: ESSER, Josef *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* - Princípio e Norma na Formação Judicial do Direito Privado -, Tubiném, Mohr, 1964; FOX, R. W., *The Judicial Contribution*, em A.E.S. Kay E Kamenka Eds, Sidney, 1980, p. 139.

<sup>824</sup> CAPPELLETTI, Mauro. “Un Probleme Majeur: Controle Jurisdictionnel des Lois et Principe de Démocratie. Etude de Droit Comparé”, in *Le Pouvoir des Juges*, trad. de René David, Paris: Ed. Econômica, 1990, p. 215/216.

de interesses<sup>825</sup>. Não obstante, razões hodiernas, relativas à própria formação dos magistrados, também servem de explicação para a pouca criatividade dos juízes da *Civil Law*. Estes são juízes verdadeiramente de carreira, os quais escolheram a profissão desde cedo, foram oficialmente nomeados membros da magistratura depois de superados concursos para tal finalidade e, dentro da profissão, podem ser gradualmente promovidos a cargos mais importantes<sup>826</sup>. Sendo sempre analisados pelo seu desempenho, esse tipo de juiz não gosta de se colocar em evidência, criando regras de Direito.

Em sua gênese, sustentou-se, no Direito inglês, que os juízes também não criavam, mas somente declaravam o Direito, sendo o conteúdo da decisão judicial, nesta visão, meramente declaratório<sup>827</sup>. O juiz estava subjugado à mera declaração do direito fixado nos precedentes, não tendo poder para criar um novo, mas tão somente para manter e declará-lo um direito já concebido. Na Inglaterra, diferentemente do que se passou na França, os juízes representavam um viés progressista preocupado em proteger o indivíduo e em estabelecer limites ao arbítrio do Governo, bem como tiveram participação relevante para a centralização do poder e para a superação do regime feudal. Deu-se, assim, de maneira relativamente rápida, a unificação do poder e a eliminação da jurisdição feudal e de outras jurisdições paralelas, tendo os juízes papel importante nessa unificação, ao reafirmarem o direito tradicional anterior e admitirem a tradição jurídica do passado<sup>828</sup>, cuja manutenção, ao longo do tempo, é responsável pelo caráter conservador do Direito inglês.

Para Tocqueville, a maioria dos membros da profissão jurídica inglesa são “amigos da ordem e oponentes da inovação”<sup>829</sup>. A magistratura inglesa é historicamente conservadora, porque foi e é recrutada da pequena nobreza e da alta burguesia. Mais remotamente, o acesso às *Inns of Court* era vedado a não membros da nobreza e da aristocracia e, posteriormente, esse recrutamento passa a ser feito entre os poucos que podiam custear uma escola privada e uma formação em Oxford ou Cambridge. Por isso,

---

<sup>825</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*, Tradução Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, São Paulo, 2007, p. 344.

<sup>826</sup> ZWEITERT K.; KOTZ H. *Einführung in die Rechtsvergleichung I - Introdução ao Direito Comparado*, Tomo I -, Tübingen, Mohr, 1971, p. 139.

<sup>827</sup> BLACKSTONE, William. *Commentaries of the Law of England*. Oxford, Clarendon Press, vol. I, 1979, p. 69.

<sup>828</sup> MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law tradition, an Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin American*. Standford: Standfor University, 2007, p. 17.

<sup>829</sup> TOCQUEVILLE. *Democracy in America*, I, p. 286, citado por DUMAN, D. *The Judicial Bench in England 1727-1875: The Reshaping of a Professional Elite*, Royal Histor. Soc. *Studies in History Series*, 29, Londres, 1982, p. 102.



desde então, entende-se que o Direito produzido por esses juízes é conservador, e a propriedade está segura em suas mãos, diferentemente de quando os legisladores interferem no Direito, particularmente legisladores eleitos pela massa, pois facilmente se inclinam a inovar, abolir ou modificar as leis<sup>830</sup>.

A partir de Bentham e Austin, entretanto, a teoria declaratória passou a ser totalmente desprezada nos países do sistema da *Common Law*. Bentham equiparou a teoria declaratória a um treinamento de cachorros, enquanto Austin ilustrou o método interpretativo como uma ficção de criança. Chegou-se a dizer que esses autores demonstraram o “*nonsense of the declaratory theory of precedent*”, já que, se necessitassem revogar o precedente, tinham que, inevitavelmente, legislar abertamente<sup>831</sup>. No mesmo sentido, pontuou-se que o juiz, ao revogar um precedente anterior, teria que ir além da mera declaração do Direito, já que o próprio precedente não perfazia uma declaração correta da norma<sup>832</sup>. No sistema inglês primitivo, o juiz realizava uma espécie de controle dos atos do Parlamento, o que se considera como um primeiro germe do controle da constitucionalidade das leis, afirmando-se, ainda, a partir daí, a noção de que o poder judicial, na origem do Direito inglês, era exercido mediante uma lógica semelhante à que dirige a atuação do juiz submetido à Constituição e aos direitos fundamentais<sup>833</sup>.

Em uma visão mais contemporânea, os juízes da *Common Law*, cuja nomeação para o cargo demanda usualmente uma escolha política, possuem posturas menos técnicas e mais valorativas, advindo, daí, uma evidente maior criatividade. Nesse ponto, pelo alto relevo e incidência do poder criativo do Poder Judiciário, nos Estados Unidos, primordialmente, enfrentaram-se, por anos, críticas permeadas em um suposto “*governement of judges*”. A expressão, em sua origem, ilustrava uma crítica dirigida à usual intervenção da Suprema Corte norte-americana nas escolhas políticas do Executivo e do Legislativo, as quais eram submetidas à análise do texto constitucional, sendo, muitas vezes, invalidadas<sup>834</sup>. A importância do controle de constitucionalidade americano para os sistemas jurídicos dos países ocidentais é tema, contemporaneamente, impassível de

---

<sup>830</sup> VAN CAENEGEM, R. C. Juízes, Legisladores e Professores, Coletânea Teoria e Filosofia do Direito, Ed. Campus Jurídico, Elsevier, Rio de Janeiro, 2010, pp. 34.

<sup>831</sup> MacCORMICK, Neil. *Can stare decisis be abolished?*, *Judicial Review*, 1966, p. 204.

<sup>832</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and the authority of precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 39.

<sup>833</sup> ARGÜELLES, Juan; ROIG, Francisco. *Los derechos en La Revolución inglesa*, in *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I: Transito a la modernidade, Siglos XVI y XVII*, p. 774.

<sup>834</sup> Nesse sentido: BODIN, L. B. *Government by Judiciary*, in *Political Science Quarterly* nº 26, p. 238-270.

controvérsia<sup>835</sup>, tendo-se dito que o mesmo, juntamente com a formação do Parlamento inglês, foram, em termos de organização político-estatal, as mais relevantes contribuições para a humanidade<sup>836</sup>. Até os dias de hoje, entretanto, o *Common Law* é ainda conhecido como “o direito criado por juízes (são eles os legisladores) e o terreno onde o poder legislativo foi deixado para os tribunais”<sup>837</sup>. O modo como o sistema da *Common Law* dispõe sua jurisdição é, por alguns, bastante elogiada, já que o desenvolvimento das regras existentes através do trabalho criativo dos juízes, gradualmente formando uma nova casuística, é responsável por modernizar o processo em paralelo ao avanço das relações sociais<sup>838</sup>.

Em contraste com a tradição de *Civil Law*, na tradição de *Common Law*, a atividade judicante não é vista como uma profissão legal separada. O judiciário estadunidense, por exemplo, é composto por *juízes amadores*<sup>839</sup>, egressos de uma área afim da advocacia legal<sup>840</sup>. Usualmente, os juízes da Corte estadual não são indicados pela burocracia estatal, mas eleitos por um grupo de eleitores locais ou apontados por líderes políticos locais para exercerem mandato de alguns anos. Os juízes em elevadas Cortes estatais se apresentam em quadro diferenciado: na maioria dos Estados, esses juízes são indicados pelo Governador. Em muitos, o juiz periodicamente se apresenta, sem concorrência, para reeleição por voto popular, com base em seu histórico. Em muitos Estados, todavia, os juízes das Cortes mais elevadas são eleitos, ainda que se trate de eleição partidária. Os juízes federais são indicados pelo Presidente dos EUA, estando sujeita essa indicação à confirmação pelo Senado.

Os juízes têm, portanto, bases na política local e – ao menos, no caso dos juízes estadunidenses, – devem atuar somente em uma corte, a mesma para a qual foram inicialmente apontados, com limitados prospectos de avanço. Isso não significa que

---

<sup>835</sup> Por todos: HARBELE, Peter. *Funktion und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive*” - Função e significado dos Tribunais Constitucionais em uma Perspectiva Comparativa- In: EuGRZ n° 22-23, 2005, p. 685.

<sup>836</sup> PRELOT, Marcel e BOULOUIS, Jean, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 10. ed., Paris: Dalloz, 1987, p. 239.

<sup>837</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 337,344.

<sup>838</sup> VAN CAENEGEM, R. C. *Juízes, Legisladores e Professores*. (Coletânea Teoria e Filosofia do Direito). Rio de Janeiro: Ed. Campus Jurídico, Elsevier, 2010, p. 88.

<sup>839</sup> FEELEY, Malcom M. *The Bench, The Bar, and the State: Judicial Independence in Japan and in United States*, in Malcom M. Feeley and Setsuo Miyazawa eds., *The Japanese Adversary System in Context*, Besingstoke, Macmillan, 2002. P. 76.

<sup>840</sup> KOCH JR, Charles H. *The Advantages of the Civil Law Judicial design as the Model for Emerging Systems*, 11 Ind. J. Global Legal Studies, 2004, p. 143.

estejam ausentes quaisquer elementos hierárquicos. A maioria dos sistemas judiciais estatais e o sistema judicial federal são divididos em três níveis: Cortes de Julgamento, Cortes de Apelação intermediárias e Supremas Cortes<sup>841</sup>. Por outro aspecto, o Poder Judiciário, dentro da tradição do *Civil Law*, é tipicamente um corpo de profissionais especialmente treinados, que usualmente se dedicam a esse labor no decorrer de suas vidas profissionais, sendo um Poder, portanto, profissionalizado, centralizado e hierarquizado. Juízes, no âmbito da tradição do *Civil Law*, vêem-se como oficiais do Governo e são essencialmente um ramo do serviço público, estando este compreendido dentro de um funcionalismo hierárquico<sup>842</sup>.

#### **8.2.6 - Abrangência do vínculo aos precedentes judiciais vinculantes**

A identificação da jurisprudência como fonte primária do Direito é elemento reconhecidamente caracterizador da tradição da *Common Law*, muito embora, nas últimas décadas, a jurisprudência tenha tomado lugar de bastante relevância no sistema da *Civil Law*, sendo, atualmente, fator comum aos ordenamentos jurídicos do Ocidente como um todo. A vinculação aos precedentes vinculantes, todavia, ainda pode ser apontada como nuance diferenciadora entre os dois sistemas, eis que a primazia que lhe é conferida e a abrangência com que opera em cada um são, ainda, elementos divisores. Falta, nos países da *Civil Law*, algo semelhante à regra formal do “*stare decisis*”<sup>843</sup> ou, ao menos, quanto à

---

<sup>841</sup> HEINZE, Alexander. *International criminal procedure and disclosure : an attempt to better understand and regulate disclosure and communication at the ICC on the basis of a comprehensive and comparative theory of criminal procedure*, Berlin : Duncker & Humblot, 2014, p. 231.

<sup>842</sup> Ibid., p. 229.

<sup>843</sup> A expressão é forma abreviada de *Decisis et non Quieta Movere*, a qual pode significar, em tradução livre: "adotar os precedentes e manterem-se as coisas que já estão estabelecidas". Ver nesse sentido: *Black's Law Dictionary, 5th Ed., West Publishing Co., 1979*; TRIBE, Laurence, *God save this honorable court, New American Library*, p. 122. Pode-se distinguir entre *stare decisis* horizontal, nos casos que a *ratio decidendi* firmada no precedente é de observância obrigatória pelo tribunal que a formulou, isto é, o próprio tribunal deve obediência aos seus próprios precedentes, e *stare decisis* vertical (*binding effect*), nas hipóteses em que a *ratio decidendi* firmada no precedente é de observância obrigatória pelos tribunais hierarquicamente inferiores. O princípio do *stare decisis* é fielmente observado na Inglaterra (salvo algumas atenuações, que serão postas no texto) e, em caso de injustiça, quanto aos precedentes, caberá ao Parlamento, através de lei, fazer a correção futura (SHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense. p. 199). Em Portugal, o instituto do assento tem igual tratamento e, a exemplo do precedente, sua revogação só se faz através de lei.

abrangência do vínculo dos precedentes judiciais em relação a todo o sistema<sup>844</sup>. Em que pese o aumento da incidência de institutos do direito anglo-americano nos sistemas civilistas, ainda se expressa a noção, nos países dessa última tradição, de que a lei é a fonte única do Direito positivo e de que se trata de um Direito eminentemente legislativo<sup>845</sup>. Nos países da *Common Law*, não há essa identificação do Direito com a lei, mas, muito pelo contrário, identifica-se com o reproduzido pelos próprios juízes e tribunais<sup>846</sup>, o qual disciplina as relações jurídicas previstas ou não em lei<sup>847</sup>.

### 8.2.7 – O caráter inflexível da *Common Law*

Essa diferença realça-se muito mais em relação ao *Common Law* inglês (Direito inglês) do que, propriamente, aos outros países adeptos dessa tradição, quando comparado com os países continentais<sup>848</sup>. O desenvolvimento do Direito inglês manteve-se

---

<sup>844</sup> Sobre a questão da doutrina do *stare decisis* representar ou não uma característica dos sistemas da *Common Law*, em relação aos da *Civil Law*, ver: CAPPELLETTI, Mauro. *The Doctrine of stare Decisis and the Civil Law: A Fundamental Difference - or no Difference at All? Em Festschrift fur konrad Zwerigert – aos cuidados de H. Bernstein, U. Drobnig e H. Kotz-*, Tubingen, Mohr, 1981, p. 381.

<sup>845</sup> Para essa afirmação voltada ao Direito alemão: BAUR, Fritz. Introdução. In *German Association of Comparative Law, Bibliography of German Law*, Karlsruhe, Muller, 1964, p. 8.

<sup>846</sup> Nessa linha ideológica, o sistema da *Common Law* "é sobretudo produto da resposta dos tribunais aos conflitos concretos segregados pela própria vida. Daí o caráter tendencialmente disperso e fragmentário." (ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova no Processo Penal*. Coimbra Editora, 2006, p. 135).

<sup>847</sup> MARSH, N. S. *Interpretation in a National and International Context*, Brussels, UGA, 1974, p. 67.

<sup>848</sup> Tecnicamente falando, a terminologia Direito inglês é relativa ao Direito praticado na Inglaterra e no País de Gales, não se confundindo com o sistema jurídico da *Common Law*, apesar de suas histórias comuns. Quanto a este aspecto histórico, o Direito inglês está na origem da maioria dos Direitos dos países de língua inglesa, tendo exercido influência considerável sobre o Direito de vários países que sofreram, numa época de sua história, dominação britânica. Aponta-se, assim, que o Direito inglês, superando amplamente o domínio estrito de sua aplicação territorial, constitui o protótipo em que numerosos Direitos se inspiraram. É através do seu estudo que convém começar todo e qualquer estudo dos Direitos pertencentes à 'família de *Common Law*'. (DAVID, René. *O direito inglês*. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. VII-VIII). A *Common Law* é bem mais ampla e diz respeito à própria Inglaterra, aos Estados Unidos e aos membros da *Commonwealth*, que é a comunidade formada por países historicamente ligados ao Reino Unido (Inglaterra, Irlanda do Norte, Escócia – *Civil Law* – e País de Gales) e, ainda, África do Sul, Austrália, Canadá, Índia, Jamaica e Nova Zelândia. Quanto à denominação *Common Law*, não se tem como traduzi-la, modernamente, para aceção "direito comum", nem a mesma pode ser traduzida por "direito consuetudinário". (Ibid., p. 265). Outras expressões são frequentemente usadas como sinônimas de *Common Law*: *Anglo-Saxon Law*, *English Law* e *Anglo-American Law* (ABRAHAM, Henry J., *The judicial process*, 5th Ed., *Oxford University Press*, p. 8). Hoje, o *Common Law* é reconhecido e identificado como o Direito dos precedentes, do *Stare Decisis*. O *Common Law* também é referido como o Direito "anglo-americano". Isso pode levar a más interpretações, eis que pode conduzir à sugestão de que o Direito inglês e o Direito estadunidense sejam bastante similares. Tal expressão também ignora o fato de que os EUA têm diversos sistemas legais, além de manterem na obscuridade as relações entre os Direitos inglês, escocês ou irlandês (Irlanda do Norte).

inteiriço ao longo de sua história<sup>849</sup>, não havendo – diferentemente da França revolucionária – nenhuma grande inovação que rompesse a sua evolução a ponto de marcar a transição de um Direito antigo para um novo, fato este que contribui para seu até hoje profundo conservadorismo<sup>850</sup>. A Revolução Inglesa – ocorrida cerca de 150 (cento e cinquenta) anos antes da francesa – realizara-se em um cenário que ainda equiparava o Direito bom ao Direito antigo, ao tempo em que a óptica do século XVIII equiparava o Direito antigo a um ruim<sup>851</sup>. Já se disse que, na legislação do direito inglês nada “jamais isolou o presente do passado”, tendo, portanto, “caráter atemporal”, e sendo o Direito inglês, portanto, “produto da história, muito mais do que qualquer sistema baseado em uma codificação que rompa nitidamente o desenvolvimento orgânico de séculos”<sup>852</sup>.

Imune aos aprimoramentos do Direito romano<sup>853</sup> e do movimento de codificação<sup>854</sup>, o *Common Law*, intensamente, tem sua compreensão amarrada ao seu

---

<sup>849</sup> Quanto à evolução histórica do *Common Law* inglês, ver: JOLOWICZ, John Anthony. *El procedimiento Civil en el Common Law. Aspectos de su evolucion historica en Inglaterra y en los Estados Unidos durante el siglo XX, in III LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, 1978; JOLOWICZ, John Anthony. ‘Civil Procedure in the Common and Civil Law’ in Guenter Doeker-Mach and Klaus A Ziegert (eds) *Law, Legal Culture and Politics Twenty First Century, Essays in Honour of Alice Erh-Soon Tay*, 2004, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 55-78.

<sup>850</sup> Para Tocqueville, o espírito geral do Direito inglês é “eminente conservador e antidemocrático”. (TOCQUEVILLE. *Democracy in America*, I, p. 286, citado por D. DUMAN, *The Judicial Bench in England 1727-1875: The Reshaping of a Professional Elite, Royal Histor. Soc. Studies in History Series*, 29, Londres, 1982, p. 102).

<sup>851</sup> Daí parte a grande dissonância que resultou dos diferentes movimentos revolucionários (VAN CAENEGEM, R. C. Juízes, Legisladores e Professores. (Coletânea Teoria e Filosofia do Direito). Rio de Janeiro: Ed. Campus Jurídico, Elsevier, 2010, p. 108).

<sup>852</sup> As três expressões em aspas são vistas em: VAN CAENEGEM, R. C. Juízes, Legisladores e Professores. (Coletânea Teoria e Filosofia do Direito). Rio de Janeiro: Ed. Campus Jurídico, Elsevier, 2010, p. 07, 08 e 12. O autor anota, ainda, que no Direito inglês, “o presente nunca está completamente isolado do passado(...)sendo inconcebível um livro didático moderno sobre o Direito inglês sem extensos capítulos históricos (e alguns são de natureza quase inteiramente histórica)”. O autor conclui que, no Direito inglês, não há nenhuma distinção nítida entre o Direito e a história do Direito.(ibid;p.7-9). Quanto ao tema que aqui se pretende abordar, chegou-se a dizer que a diferença fundamental entre a *Common Law* e a *Civil Law* está na própria história do desenvolvimento do Direito. Só a história explica, por exemplo, a subestima do *Corpus Iuris* na *Common Law*. (VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law*, Os dois grandes sistemas legais comparados, Sergio Antonio fabris Editor, Porto Alegre, 2007, p. 219).

<sup>853</sup> Destaque-se que tanto o modelo do *Common Law* quanto do *Civil Law* nasceram sob o domínio do sistema feudal, que, à época, representava tanto um sistema de Governo quanto um sistema jurídico, um sistema de sociedade e de propriedade. (VANDERBILT, Arthur T., *The Reconciliation of Civil Law and the Common Law, in The Code Napoleon and the Common-Law World* 92, 102 - Bernard Schwartz ed., Greenwood Press 1975, p. 391). Verdadeiramente, durante toda a Idade Média inicial e até meados do século XIII, era possível reconhecer o Direito inglês e o Direito continental como pertencentes a uma mesma família jurídica, germânica e feudal. Um século depois, o cenário transformou-se com a influência do Direito romano e romano-canônico em muitas regiões do continente, ao passo que na Inglaterra surgiu um Direito nativo, comum a todo o reino. (VAN CAENEGEM, R. C. Op. Cit., 2010, p. 80). O século XIII é também apontado por Caenegem como o delimitador dos rumos distintos tomados pelo direito inglês e continental, a partir da modernização da sociedade europeia e, especialmente, quando o Direito Romano começou a influenciar a Europa Continental, mas, naquela contingência, a *Common Law* já estava consolidada fortemente em solo

desenvolvimento histórico<sup>855</sup>. Segundo pontifica Radbruch, o Direito inglês tem caráter essencialmente histórico, sendo próprio do povo inglês o forte apego às tradições<sup>856</sup>. Essa constatação deriva do entrelaçamento cultural entre os povos bárbaros, anglo-saxões e normandos, ocorrido na região da Inglaterra por vários séculos a partir de meados do século V, quando ocorreram inúmeras invasões dos povos bárbaros na ilha, até então, dominada pelo Império Romano.

Há, nesse enfoque, uma grande diferença em comparação com os sistemas continentais, bastando citar os exemplos dos dois mais tradicionais e influenciadores países do sistema civilista, Alemanha e França: o primeiro, no século XVI, substituiu as leis costumeiras pelo Direito Romano<sup>857</sup> e pelo Direito Canônico, contribuindo para a própria mudança de sua unidade política; o segundo, de forma ainda mais transformadora, substituiu, a partir da Revolução Francesa, o Antigo Regime (incluído, aqui, todo o direito antigo) por uma nova estrutura política (e, portanto, um Direito novo). Quanto a este último, a Revolução criou, segundo Caenegem, uma verdadeira *tabula rasa*, pois

---

inglês, já estando impermeável ao avanço do Direito romano. Assim: “A *Common Law* estava estabelecida em suas próprias técnicas, práticas, idéias e instituições, e tinha criado sua própria estrutura e tinha produzido uma terminologia técnica considerada sofisticada e precisa que duraria séculos e constituía uma barreira à influência da *Civil*.” (VAN CAENEGEM, R. C. *The birth of the English Common Law, 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 85*).

<sup>854</sup> Há motivos históricos também para a rejeição do processo de codificação na Inglaterra. Os códigos sempre foram associados ao movimento revolucionário francês, fenômeno que, por décadas, amedrontou os políticos britânicos e, conseqüentemente, estancou qualquer prenúncio progressista. Também se fazia a conexão da codificação com Napoleão Bonaparte, contra quem, durante muitos anos, a Inglaterra esteve envolvida em uma luta de vida ou morte. (VAN CAENEGEM, R. C. *Juízes, Legisladores e Professores, Coletânea Teoria e Filosofia do Direito, Ed. Campus Jurídico, Elsevier, Rio de Janeiro, 2010, p. 35*).

<sup>855</sup> DAVID, Rene. *Os grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, Martins Fontes, São Paulo, 2002, p.355. O autor pontifica a rígida continuidade histórica do direito inglês. Afirma ser este resultado de uma longa evolução que não foi quebrantada por nenhuma revolução. Aponta que a grande magnitude da *Common Law*, até os dias de hoje, circunstancia-se na não assimilação da codificação, experimentada pelos sistemas de direito continentais. Os próprios juristas ingleses, segundo o autor, valorizam a rigidez de sua continuidade histórica, deduzindo que, a partir desta, denota-se sua grande faculdade de adaptação e permanente valor e qualidade. Acrescenta, contundentemente, que o conhecimento histórico, portanto, é indispensável quando se considera o direito inglês.

<sup>856</sup> Assim se manifesta o referido autor: “*Questo senso inglese della realtà è anche la base Del senso inglese della storia, dell’amore dell’inglese per la tradizione. Antiche usanze, antiche forme di un remoto, ormai pallido passato si sono tramandate fino al iorno d’oggi. L’inglese si è affezionato a queste antiche forme, anche se egli si dà l’aria di non averle in gran conto*”. RADBRUCH, Gustav. *Lo spirito del diritto inglese*. Trad. Alessandro Baratta. Milão: Giuffrè, 1962, p. 10.

<sup>857</sup> Trazendo razões justificantes da recepção do direito romano na Alemanha, não ocorrida em outros países, ZITSCHER aponta: “*Por haver sido submetido o território alemão, por séculos, às brigas entre Imperador e Papa, Imperador e príncipes regionais e destes príncipes entre si não se pôde desenvolver um sistema jurídico unificado e eficaz e construir um sistema idôneo para os novos desafios econômicos da Idade Média. Quando chegou o direito romano moderno, encontrou, no território alemão, uma lacuna onde se estabeleceu com maior rapidez e profundidade do que, por exemplo, na França, mas sem moldar um direito comum realmente unitário no território alemão*” (ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1999, p. 26).

conseguiu derrubar não apenas o sistema feudal, como também os antigos parlamentos, as antigas províncias, faculdades de Direito e tribunais<sup>858</sup>.

O Direito romano primitivo, identificado na Lei das XII Tábuas – que marca, por sua vez, a transição do Direito consuetudinário para o Direito escrito -, mostrou-se insuficiente para atender a uma sociedade cuja economia crescia vertiginosamente, deslocando-se da agricultura para o comércio<sup>859</sup>. A organização jurídica operada pelo Império Romano, elegendo, classificando e aplicando regras jurídicas, sobreviveu e adaptou-se, durante vários séculos, em diferentes parâmetros econômico-sociais, o que acabou por servir de base, na atualidade, para ordenamentos jurídicos em vigência na Europa e na América Latina<sup>860</sup>. Tendo o Império Romano, entretanto, resistido às várias transformações políticas surgidas em paralelo ao envolvimento em lutas sociais e triunfado ante as vicissitudes sociais e históricas da humanidade, o sistema romanístico maturou-se no decorrer de mais de um milênio, sempre absorvendo novos formatos, significados e conseguindo, assim, satisfazer às novas conjunturas sociais<sup>861</sup>.

Muitos institutos jurídicos do Direito moderno possuem suas origens e razões jurídicas estreitamente ligadas ao Direito romano, estando a maioria das legislações modernas dos países democráticos enraizadas na seiva desse ordenamento jurídico. Percorrer os caminhos que partem das primitivas instituições sociais e desaguam na

---

<sup>858</sup> VAN CAENEGEM, R. C. Op. Cit., 2010, p. 08.

<sup>859</sup> LOSANO, Mário G., Os Grandes Sistemas Jurídicos, tradução de Marcela Varejão, 1ª Edição, Martins Fontes, 2007, p. 331.

<sup>860</sup> Nesse sentido: “As concepções filosóficas do direito, a substância das leis, os fenômenos jurídicos e a racionalização da jurisprudência devem quase tudo ao direito romano, justamente considerado pelos juriconsultos antigos como a revelação de uma arte completa e de uma ciência perfeita. Por isso vemos ainda na actualidade o direito romano como expressão máxima da cultura latina ser estudado em todas as nações da Europa e da América” (HENRIQUE, João. *Direito Romano*. Porto Alegre: Livraria Globo, 1938, p. 12). Ver também: “O primeiro daqueles Corpos do Direito é a extraordinária compilação justiniana, sem a qual, como diz Ahrens, o direito romano não teria tido acesso entre os povos modernos. – É a cristalização superior de mais de dez séculos de faina jurídica a que se entregaram os melhores espíritos do povo-rei” (MARTINS JÚNIOR, Isidoro. *História do Direito Nacional, Memória Jurídica Nacional, Ministério da Justiça*, p. 37). Para uma leitura mais detida sobre a utilidade do estudo atual do Direito Romano, ver: GROSSO, *Lo Studio Del Diritto Romano, in Premesse Generali al Corso di Diritto Romano*, 4. ed., p. 7 e segs.

<sup>861</sup> Para Cretella júnior, são vários os motivos determinantes para a ainda atual aceitação do Direito romano na base dos ordenamentos jurídicos modernos. Inicialmente, descreve o autor, nenhum povo da antiguidade desenvolveu um ordenamento tão “completo, sistemático e perfeito” como o romano. Tendo sobrevivido por mais de mil anos, o legado jurídico romano apresenta-se, nas palavras do autor, como um “vasto campo de observação, verdadeiro laboratório do direito”. Por outro lado, alguns institutos do direito romano ainda permanecem até os dias de hoje, na forma original ou com pequenas alterações. Finalmente, assevera que os romanos foram os primeiros a organizar o Direito, “tirando da casuística diária as regras jurídicas, classificando-as e aplicando-as, em seguida, a novos casos” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Romano Moderno: Introdução ao Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 2-3).

formação do Direito contemporâneo é itinerário que acompanha a própria evolução do direito romano, correspondendo este à própria história e, ao mesmo tempo, à causa geradora do direito em geral. A literatura jurídico-romana, através do delineamento de sua base teórica e a eficiência prática de seus institutos serve, ainda nos dias de hoje, com rigor admirável, para a aplicação e interpretação das constituições de todos os países onde é aceito e admitido, tendo o Direito romano subtraído-se ao desgaste imposto pelo tempo<sup>862</sup>.

Tais características divergentes configuram um dos fatores que mais distanciam os dois sistemas jurídicos, pois um sistema jurídico baseado em princípios tradicionais e feudais, apesar de adaptado e modernizado no decorrer do século (sistema inglês), e um sistema jurídico baseado na influência estrangeira e nada feudal do Direito romano (sistema continental), diferem não só pelo desenvolvimento através de órgãos diferentes, mas por suas várias técnicas de legislação, bem como nas suas próprias fundações<sup>863</sup>.

### **8.2.8 – Os modelos de investigação pré-processual**

A análise comparativa de alguns modelos de investigação em outros países permite concluir que o sistema insular distingue-se nitidamente do sistema continental, na medida em que a abertura e desenvolvimento da fase preparatória estão entregues a órgão diferentes. Nos países de sistema continental, há uma tendência quase unânime voltada a permitir e aumentar a investigação criminal por parte do Ministério Público, diferentemente da realidade inglesa e americana de deixar entregue à polícia esta etapa da

---

<sup>862</sup> Quanto à ação erosiva do tempo, o personagem Édipo, de Sófocles, assim verbera: “somente os deuses fogem aos males da velhice e aos da morte. O tempo onipotente abate tudo mais” (SÓFOCLES. “Édipo em Colono”. In: A Trilogia Tebana. Trad. Mário da Gama Kuri. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, v. 673-675, p. 139-140). Essa transcendência intertemporal do Direito romano é sustentada em firme opinião: “Os seus códigos oferecem os materiais à práxis jurídica e à reflexão teórica medieval e moderna; continuam a ser leis vigentes, mas são também o veículo de uma tradição e os testemunhos de um grande passado. Uma cadeia ininterrupta parece ligar as suas origens longínquas à nossa época. Aquele direito, de que se quer determinar a evolução ou (como alguém diz) a ‘dinâmica’, implica também aos olhos dos seus historiadores uma verdade intemporal”. (BRETONE, Mário. *História do Direito Romano*. Lisboa: Editorial Estampa, 1990, p. 27).

<sup>863</sup> VAN CAENEGEM, R. C. Juízes, Legisladores e Professores. (Coletânea Teoria e Filosofia do Direito). Rio de Janeiro: Ed. Campus Jurídico, Elsevier, 2010, p. 79.



persecução<sup>864</sup>. Na Alemanha, não existe mais a figura do juiz instrutor e, embora possa a autoridade policial desempenhar atividades de investigação, o Ministério Público conserva o domínio sobre o procedimento de investigação preliminar<sup>865</sup>.

O Ministério Público, como órgão independente da administração da justiça, está situado entre os poderes Executivo e Judiciário, sendo a polícia um órgão auxiliar que atua por ordem, direção e vigilância jurídica do primeiro<sup>866</sup>. Na Itália, também não mais há a figura do juiz de instrução, que reunia as funções de juiz e a de investigador, tendo sido substituído por um juiz sem funções investigatórias e em posição imparcial em relação às posições da acusação e da defesa (denominado *Giudice per le indagini preliminari*). O Ministério Público italiano – integrante da carreira da magistratura – além de controlar a polícia judiciária, que lhe é auxiliar, pode realizar diretamente todas as atividades investigatórias e, ao final, ainda promover a ação penal.

Na França, a tarefa de realizar a investigação cabe ao juiz de instrução, que é auxiliado pela polícia judiciária e, se for o caso, por peritos<sup>867</sup>. Os membros do Ministério Público são integrantes da magistratura, sendo que, tanto estes quanto o juiz de instrução dispõem de todos os poderes de polícia judiciária, podendo realizar, por si mesmos, os atos investigatórios necessários à investigação e à persecução de infrações penais<sup>868</sup>. Em Portugal, o Ministério Público também participa essencialmente da atividade de investigação. O inquérito constitui a fase de investigação anteriormente realizada pelo juiz de instrução e, hoje, abrange as investigações policiais sob a responsabilidade do Ministério Público. A instrução, apesar de estar atribuída ao juiz de instrução propriamente dito, não tem a natureza de uma fase de investigação, tendo essencialmente funções de

---

<sup>864</sup> Os estudos empíricos revelam as altas cifras negras (“*dark number*”) da criminalidade não investigada ou não esclarecida pela polícia (DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia, O homem delinqüente e a sociedade criminógen.*, Coimbra: Coimbra Ed., 1984, p. 444). Estudos americanos também apontam para as deficiências na investigação criminal desenvolvida por policiais, tendo um destes, em específico, recomendado, inclusive, a atribuição de algumas tarefas de investigação ao Ministério Público (GREENWOOD *et al*, *The Criminal Investigation Process, A Summary Police Analysis*, cf. Rico, José M<sup>a</sup>; Salas, Luis. *Inseguridad ciudadana y policia*. Madrid: Tecnos, 1988. p. 117).

<sup>865</sup> Nesse sentido: ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Julio B. Maier, Buenos Aires, 2000. p. 52-58; Baumann, Jürgen. *Derecho procesal penal* cit. p. 166-172; GOMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El proceso penal aleman*, Introducción y normas básicas, Barcelona: Bosch, 1985, p. 149; SCHLUCHTER, Ellen. *Derecho procesal penal*, 2. ed., Valencia, 1999, p. 95.

<sup>866</sup> BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal*, Conceptos fundamentales y principios procesales, *Introducción sobre la base de casos*. Trad. Conrado Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986. p. 166-172.

<sup>867</sup> RASSAT, Michèle Laure. *Traité de procédure pénale*. Paris: Puf, 2001, p. 228.

<sup>868</sup> Ver., quanto ao tema: GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. 2. ed., Paris: Litec., 2002, p. 570; FOURMENT, François, *Procédure penale*, Orléans, Paradigme, 2003, p. 59, 61/63 e 96.

garantia, apenas se realizando quando é requerida pelo acusado ou pelo ofendido-assistente, no caso destes discordarem da decisão do Ministério Público.

As diferenças da fase de investigação presentes entre os sistemas dos países continentais e dos Direitos inglês e americano (os quais, substancialmente, quase que esgotam a *Common Law*) são, realmente, significativas. No sistema inglês, a Polícia é responsável, primordialmente, pelos atos investigatórios. Se a autoridade policial decidir que há elementos suficientes de autoria delituosa, encaminhará o caso ao Serviço da Promotoria da Coroa (*Crown Prosecution Service*), que deverá preparar o caso para o julgamento. Desde 1985, foi criado Ministério Público da Coroa (através do *Prosecution of Offences Act*), com a finalidade de conduzir o inquérito e de limitar os poderes da polícia, além de revisar a decisão de acusação e apresentar o caso aos tribunais<sup>869</sup>.

No sistema inglês, assim, a abertura e desenvolvimento da fase preparatória são de responsabilidade da polícia. O Chefe de Polícia (*Chief Office*) detém, ainda, o poder de arquivamento, que, entretanto, é submetido ao exame do Promotor da Coroa, que dispõe do poder exclusivo de arquivar a ação penal iniciada pela polícia. A persecução penal, na fase de investigação, dá-se através de uma dinâmica complexa: a autoridade policial inicia a ação penal, e o Promotor da Coroa a confirma e apresenta o caso ao Tribunal. Nos Estados Unidos da América, a fase investigatória é entregue essencialmente aos agentes policiais e às agências federais de investigação, os quais, sucessivamente, repassam as informações ao Promotor Público, que decidirá se há ou não elementos para apresentar a prova perante o *Grande Júri* (já abolido, inclusive, do Direito inglês<sup>870</sup>). No sistema federal, a investigação é presidida por agentes federais em colaboração com o Promotor Público.

---

<sup>869</sup> Esse novo modelo, segundo Delmas-Marty, tornou paradoxal o Direito inglês com o sistema acusatório. Segundo diz, a diferença entre a teoria e a prática é considerável. Assim, o Direito inglês é, em teoria, diretamente inspirado no modelo acusatório. Entretanto a igualdade de armas se torna uma ficção durante toda a fase preparatória, na qual as persecuções escapam frequentemente das mãos da vítima para serem exercidas pela polícia, à qual se juntou, desde 1985, um *Crown Prosecution Service* (Ministério Público) composto de funcionários da Coroa (DELMAS-MARTY, M. *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris editora*, 2005, p. XII).

<sup>870</sup> No sistema inglês anterior a 1933, a acusação era feita por um grande júri formado por pessoas do povo (*jurie of the venue*), os quais decidiam se havia indícios suficientes de prática criminosa para justificar um processo penal em face do acusado. Sendo aceita a acusação, um segundo júri decidia pela culpabilidade ou não do acusado. (CAENEGEM, R. C. *Public prosecution of crime in twelfth-century England, Church and Government in the Middle Ages, Essays presented to C. R. Cheney*, org. C. N. L. Brooke et al. Cambridge, 1976, p. 41).

Além de todas essas divergências acima postas, há, ainda, outras pequenas nuances diferenciadoras que podem ser percebidas na avaliação comparativa entre os dois sistemas. Assim, por exemplo, na jurisdição do *Common Law*, pela sua adaptabilidade, cada caso tem uma solução, e cada decisão considera toda a riqueza fática e jurídica do caso concreto, sem amarras legais genéricas e inflexíveis. De tal característica decorre, para alguns, as desvantagens de tornar o sistema de difícil pesquisa<sup>871</sup> e, conseqüentemente, de alto custo, motivo pelo qual—os advogados são especializados em cada tema específico de uma dada matéria, diferentemente do sistema da *Civil Law*, de fácil e simples pesquisa e, por isso, de baixo custo, de modo que as fontes são acessíveis, e os advogados, generalistas<sup>872</sup>. A principal ambição da codificação sempre foi a de obter uma reformulação do direito, compreensível para o público, esclarecendo confusões e eliminando contradições, dúvidas e incertezas<sup>873</sup>, no entanto, apesar da sua relativa estabilidade, os códigos ainda podem ser alterados de modo razoavelmente rápido, a fim de reagir aos parâmetros sociais em constante modificação e desenvolvimento.

A jurisdição continental, assim, seria, por um aspecto, melhor equipada para acompanhar o ritmo da sociedade moderna, em vez do ritmo relativamente lento da evolução da jurisprudência, mas, por outro, haveria um certo comprometimento dos sentidos de legalidade, justiça e de segurança jurídica para o caso concreto, por não poder considerar todas as suas peculiaridades<sup>874</sup>. Eis, aqui, a estampa de uma das grandes vantagens da teoria da *stare decisis* na *Common Law*: se um tribunal decidiu em um certo sentido, em um determinado caso, ele não mudará o sentido de justiça para alguma outra pessoa, se surgir um caso similar, fato esse muitíssimo possível e absolutamente cotidiano nos sistemas continentais que possuem uma base jurídica genérica, aberta e abstrata, como

---

<sup>871</sup> Bethan defendia a codificação em nome da cognoscibilidade e sentia que a jurisdição da *Common Law*, cujo direito era embalsamado em milhares de casos espalhados ao longo de muitos séculos, não poderia ser cognoscível para as pessoas (VAN CAENEGEM, R. C. Juízes, Legisladores e Professores. (Coletânea Teoria e Filosofia do Direito) Rio de Janeiro: Ed. Campus Jurídico, Elsevier, 2010, p. 33).

<sup>872</sup> FUNKEN, Katja. *The best of both worlds – the trend towards convergence of the Civil Law and the Common Law system*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=476461>. Acesso em: 12 de março de 2013.

<sup>873</sup> VAN CAENEGEM, R. C. Juízes, Legisladores e Professores, Coletânea Teoria e Filosofia do Direito, Ed. Campus Jurídico, Elsevier, Rio de Janeiro, 2010, p. 30.

<sup>874</sup> Como assevera Castanheira Neves, “a essência não comprova a existência, o direito não é (não é direito) sem se manifestar na prática e como uma prática”. (CASTANHEIRA NEVES, Antônio. O actual problema metodológico da realização do direito. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia, vl. III. Coimbra, 1991, p. 11; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Apontamentos de Metodologia Jurídica, Coimbra, 1988-89, p. 22). Nesse sentido, o próprio princípio da legalidade não pode ser resumido à previsão formal do crime disposto na norma, mas dever-se-á implementa na resolução do caso concreto. É no momento da decisão jurídica, do caso concreto, que o Direito se realiza. (MONTE, Mário Ferreira. Direito Penal Europeu. De Roma a Lisboa. Subsídios para a sua legitimação, Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 91).

são os códigos, passível das mais diversas e contraditórias interpretações. Como se passará analisar agora, entretanto, muitas dessas divergências anteriormente visíveis entre a *Common Law* e a *Civil Law* foram, ao longo das últimas décadas, diminuindo, ou estão, até mesmo, em alguns aspectos, prestes a desaparecer.

### **8.3 - O aumento da convergência e da influência recíproca entre as tradições jurídicas da *Common Law* e da *Civil Law***

Chega-se ao ponto, após cada narrativa dos tópicos anteriores, de tentar entender comparativamente os sistemas jurídicos insular e continental, como forma de se permitir a compreensão das diferenças e semelhanças entre os dois sistemas. A reflexão, por sua vez, das uniformidades e oposições dos sistemas, introduz o compromisso de possibilitar, autenticamente, uma comunicação e funcionamento harmônico entre eles. Aliás, “nas grandes coisas humanas, o verdadeiro objetivo não é a escolha, mas a concordância, a realização duma harmonia”<sup>875</sup>. O apontamento das sintonias e dos contrastes entre esses sistemas jurídicos tradicionais pretende, muito além da mera descrição dos mesmos, criar um cenário de compreensão comparativa que permita obter uma, cada vez maior, aproximação de suas normas e institutos.

Quanto às dissonâncias, diga-se, por mais severas que elas se mostrem nas filosofias estruturantes de cada família jurídica e nos seus institutos e figuras jurídicas mais informadores, que elas podem ser globalmente consideradas para fins de comparação, isto é, “os respectivos elementos determinantes podem sempre ser analisados em vista a uma sua compreensão comparativa por mais antipódicas que se apresentem as filosofias informantes de cada uma delas”<sup>876</sup>. Os antagonismos, aliás, não deixam de ser “reciprocidades negativas”<sup>877</sup>, de tal sorte que “o conflito ainda é uma forma (tensa, digamos) de diálogo”<sup>878</sup>. É precisamente na indicação dos vínculos de identidade, proximidade e distanciamento entre essas famílias que se permitirá chegar, nunca como um

---

<sup>875</sup> MANN, Thomas. Goethe e Tolstoi, tradução de José Martins Garcia, 1979, p. 159.

<sup>876</sup> BRONZE, Fernando José. Continentalização do Direito Inglês ou Insularização do Direito Continental, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Suplemento XXII, Coimbra, Portugal, 1975, p. 13.

<sup>877</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. O papel do jurista no nosso tempo, 1968, p. 21.

<sup>878</sup> BRONZE, Fernando José, Op. Cit., p. 13.

discurso acabado, a alguns propósitos de consenso<sup>879</sup> para o seu sistema de Direito ou ordens jurídicas (macrocomparativamente), bem como para seus institutos jurídicos concretamente analisados (em uma abordagem microcomparativa).

A macrocomparação realiza-se “sempre que se pretenda apreender a estrutura axial (globalmente visualizada) de ordens jurídicas mediante o apuramento comparativo dos seus elementos determinantes”<sup>880</sup>. No mesmo eixo de raciocínio, diz-se que a macrocomparação evidencia-se “pela comparação entre sistemas jurídicos considerados na sua globalidade”, sendo os sistemas jurídicos (ou ordens jurídicas) “conjuntos coerentes de normas e de instituições jurídicas que vigoram em relação a um dado espaço e/ou certa comunidade”<sup>881</sup>. O papel da macrocomparação é, assim, exatamente o de verificar se “as ordens jurídicas tipologicamente análogas constituem mônades que, por sua vez, pertencem a outros grandes conjuntos”<sup>882</sup>.

A microcomparação, a seu turno, perfaz-se na “comparação de normas ou institutos jurídicos concretos integrados em ordenamentos diferentes”<sup>883</sup>. Também em semelhante leitura, Ferreira de Almeida aduz que a microcomparação “consiste na comparação entre institutos jurídicos afins em ordens jurídicas diferentes”, os quais (institutos jurídicos), para o mesmo autor, são conjuntos “de normas, princípios, instituições e organizações de natureza jurídica que, numa dada ordem jurídica, possam ser tomados unitariamente sob certa perspectiva ou critério”<sup>884</sup>. O papel da microcomparação é, ainda, “o de confrontar as normas e as soluções do Direito positivo de diversos ordenamentos para estabelecer diferenças e semelhanças. Todavia a tarefa da ciência dos Direitos comparados é confrontar as unidades que constituem o ordenamento para elaborar, com o auxílio dos elementos determinantes, os grandes conjuntos que são os sistemas jurídicos”<sup>885</sup>.

---

<sup>879</sup> Propósitos esses sempre permeados pela advertência de Perelman, no sentido de que “a conciliação do irreconciliável, a aglutinação das antíteses, a síntese das oposições representam os grandes problemas do direito” (PERELMAN, CH; OLLBRECHT, L., *Traité de l'argumentation*, II, 1958, p. 554).

<sup>880</sup> BRONZE, Fernando José, *Continentalização do Direito Inglês ou Insularização do Direito Continental*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Suplemento XXII, Coimbra, Portugal, 1975, p. 31.

<sup>881</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Introdução ao Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 1998, p.9-10.

<sup>882</sup> CONSTANTINESCO, Leontin Jean. *Tratado de Direito Comparado*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro, 1998, p. 61.

<sup>883</sup> BRONZE, Fernando José. *Op. Cit.*, p. 31.

<sup>884</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Op. Cit.*, p. 11-12.

<sup>885</sup> CONSTANTINESCO, Leontin Jean. *Tratado de Direito Comparado*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro, 1998, p. 61.

O Poder Judiciário da quase totalidade dos países democráticos, detentor da análise última dos atos da Administração Pública e das relações entre particulares, precisa ser aperfeiçoado. O diagnóstico geral da evolução das decisões judiciais, em cada um deles, mostra que casos idênticos têm recebido tratamento diametralmente oposto, mesmo quando conduzidos sob as hostes de um mesmo tribunal. Os direcionamentos jurisprudenciais divergem de forma, cada vez mais, descompassada, não havendo, nem ao menos se buscando que se haja, alguma forma de controle para evitar isso. Daí que uma base precisa desta pesquisa é voltada para a defesa da expansão e da adequação da criatividade judiciária nas sociedades modernas, no ponto em que essa criatividade deva voltar-se ao implemento de mecanismos de cooperação penal entre os países, mesmo que essa aspiração não encontre ressonância em um ou outro país, de maneira perfeita.

No âmbito da cooperação penal internacional, a intenção é se buscar um estreitamento no diálogo interjudicial entre os juízes de primeiro grau e tribunais, o qual seja independente e desvinculado de amarras políticas e encaminhamentos formais que, normalmente, só são perfectibilizados com a adesão de um dos outros dois poderes. Mostra-se certo, entretanto, na intenção deste projeto, um amplo e real movimento no sentido de permitir que o Judiciário possa contribuir dinamicamente para o aprimoramento dos mecanismos e formas de cooperação entre os países, fato que exige, sem a menor dúvida, um Judiciário forte, complexo e diferenciado<sup>886</sup>.

O apontamento dessas tantas e significativas diferenças entre os sistemas dos países de tradição insular e continental poderia sugerir, em linha de conclusiva, que uma tentativa de aproximação das duas maiores famílias jurídicas representa algo de difícil ou impossível concretização. Entretanto, se é verdade que uma e outra possuem diferenças que vão, até mesmo, além do fenômeno de criação do Direito, já se tem reconhecido, ultimamente, um processo de influência recíproca de um sistema para o outro, levando-os, muitas vezes, a serem postos em um análise unitária. Concorde-se, aqui, com a proposta de Costa Andrade no sentido de "denunciar o perigo da sobrevalorização das diferenças, perdendo de vista os momentos de convergência, continuidade e comunicabilidade, apesar de tudo, subsistentes entre os dois ordenamentos"<sup>887</sup>.

---

<sup>886</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 115.

<sup>887</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova no Processo Penal*. Coimbra Editora, 2006, p. 182.

Quaisquer que fossem as razões que levaram a um distanciamento entre os dois sistemas, o certo é que neles "estão em causa instituições cuja finalidade última e comum é a prevenção do sacrifício de direitos, interesses ou posições constitucionalmente sancionadas"<sup>888</sup>. Países de Direito romano-germânico e países da *Common Law* já estabeleceram, ao longo dos séculos, numerosos contatos. Chegou-se ao ponto de concluir ser de difícil diagnóstico o grau preciso de hibridismo em cada sistema jurídico, a ponto de a aproximação de diferentes culturas sociais e legais resultar sempre em um sistema misto (*mixed jurisdictions*). Nesse sentido, já se precisou que não há realmente sistema puro no mundo jurídico, e vários graus de hibridismo resultam de vários níveis e camadas de cruzamento e entrelaçamento<sup>889</sup>. O século XX caracterizou-se por uma evolutiva aproximação das tradições de *Civil Law* e *Common Law* – consideradas, anteriormente, nitidamente contraditórios –, decorrente não apenas da conscientização dos juristas e da existência de um núcleo comum de soluções nos vários ordenamentos, mas também pelo recente progresso, em nível europeu, resultante do desenvolvimento político e econômico da Europa<sup>890</sup>. Nas últimas décadas, especialmente, ocorreu reconhecidamente um intenso processo de recíproca aproximação entre as duas grandes famílias jurídicas, cujos efeitos manifestam-se especialmente no âmbito do Direito jurisprudencial<sup>891</sup>. Com o aumento da importância e principalmente da normatividade das decisões dos tribunais nos países da *Civil Law* – advindos da assimilação, dentre outros institutos, da súmula vinculante e dos precedentes jurisprudenciais –, o potencial de criatividade da jurisprudência, nos países de *Civil Law*, tornou-se, principalmente, com as cortes constitucionais, mais equivalente ao dos países de *Common Law*<sup>892</sup>. No que se refere à criatividade jurisprudencial, resta, certamente, uma diferença de grau, mas essa também está desaparecendo e se atenuando<sup>893</sup>.

---

<sup>888</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova no Processo Penal*. Coimbra Editora, 2006, p. 182.

<sup>889</sup> ÖRÜCÜ, Esin. *A general view of 'legal families' and of 'mixing systems'*, *Comparative Law – a handbook*. Coord. de Esin Örücü e David Nelken. Portland: Hart Publishing, 2007, p. 171.

<sup>890</sup> GALLO, Paolo. *Grandi Sistemi Giuridici*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 06.

<sup>891</sup> Nesse exato sentido, três manifestações doutrinárias: TARUFFO, Michele. *Aspetti fondamentali del processo Civile di Civil Law e di Common Law*. *Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal do Paraná*, v. 36, 2001; MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo, *In: Estudos de Direito Processual Civil, Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 13-65; CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no processo civil. Compreensão crítica*. Curitiba: Juruá, 2002.

<sup>892</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993, pp. 125.

<sup>893</sup> *Ibid.*, p. 125.

O desenvolvimento do sistema romano-germânico, especialmente por força da influência do constitucionalismo, permitiu ao juiz civilista uma atuação equivalente aos juízes submetidos ao sistema anglo-americano e, entre estes, de modo ainda mais equivalente à atividade do juiz estadunidense, tendo em vista o exercício de sua jurisdição voltada ao controle da lei a partir da Constituição. O sistema de controle difuso da constitucionalidade é originariamente norte-americano, não tendo sido adotado na Inglaterra, pela peculiaridade interna do dogma da supremacia do Parlamento<sup>894</sup>. A inexistência do controle de constitucionalidade e, mais propriamente, de uma jurisdição constitucional, no sistema inglês, decorre do modelo britânico de conferir a supremacia ao Parlamento e não à Constituição<sup>895</sup>.

Isso não significa, entretanto, que a aproximação refira-se tão somente em relação ao Direito norte-americano e a sua herança constitucionalista, mas ao *Common Law* como um todo, já que o poder do juiz do *Civil Law* submetido à Constituição, ao criar a norma do caso concreto a partir do confronto com o texto constitucional, também é algo bastante similar à criação da norma jurídica a partir da *Common Law*. A sobreposição da Constituição em face da lei modifica não apenas a forma de interpretação e implemento do direito, mas o próprio modo de exercício da jurisdição, já que o juiz desfaz-se da atividade mecânica de servidão à lei e se apresenta com a obrigação de confrontá-la com os direitos positivados na Constituição.

Com a consagração internacional dos direitos humanos, através de instrumentos jurídicos adotados internacionalmente e de seu reconhecimento nas ordens constitucionais democráticas da quase totalidade dos países, surgiu ainda a possibilidade de um juízo ou tribunal controlar a compatibilidade vertical das normas do Direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor (controle de convencionalidade<sup>896</sup>). Com poder para negar a validade da lei em face da Constituição,

---

<sup>894</sup> Apenas em 01 de outubro de 2009 é que a função jurisdicional do Reino Unido passa a ser exercida, em sua última instância, fora das hostes do Parlamento, mais especificamente, fora das atribuições desenhadas para a Câmara dos Lordes. A Suprema Corte do Reino Unido foi estabelecida para sacramentar definitivamente a completa separação entre os Juizes do Reino e os Membros do Parlamento, espelhando, com fidelidade, a independência dos Lordes da Lei (*Law Lords*) e incrementando a transparência e a necessária divisão de poderes entre o Legislativo e o Judiciário

<sup>895</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 46. O referido dogma, como já visto na presente pesquisa, tem sofrido atenuações.

<sup>896</sup> O controle de convencionalidade parte do mesmo pressuposto do controle de constitucionalidade, diferenciando-se quanto ao parâmetro para controle, já que, enquanto no primeiro tem-se, como parâmetro, um tratado internacional e a jurisprudência internacional, no controle de constitucionalidade a referência é,



declarar a invalidade de leis incompatíveis com os tratados internacionais ou, até mesmo, implementar regra imprescindível à realização de direito fundamental, o juiz civilista, desobrigado de qualquer vinculação a precedentes anteriores, passa a desempenhar um papel criativo verdadeiramente equivalente, se não maior, que o juiz submetido à tradição da *Common Law*. Nesse sentido, Marinoni assevera que o juiz brasileiro (de tradição civilista), hoje, possui um poder criativo maior que o juiz da *Common Law*, pois, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes. Ainda segundo o autor, a atividade do juiz civilista de não aplicar a lei por reputá-la inconstitucional, interpretar a lei conforme a Constituição ou suprir a omissão de uma regra processual que deveria ter sido estabelecida em virtude de um direito fundamental de natureza processual é, reveladoramente, criadora. É “verdadeira criação judicial do direito” <sup>897</sup>.

A concepção dogmática de que o Direito se restringe ao produto do Legislativo, ancorada na ideologia da Revolução Francesa e no dogma da estrita separação dos poderes, não sobreviveu, assim, ao advento do constitucionalismo <sup>898</sup> nem à abertura dos ordenamentos jurídicos democráticos aos tratados internacionais. Ao se aceitar que o juiz ou o tribunal pode decidir se uma determinada lei é inválida, por descumprir o texto constitucional ou um tratado internacional, quebra-se o dogma da separação estrita entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário e, dessa forma, permite-se concluir que o juiz da *Civil Law* também cria o Direito <sup>899</sup>.

Deixe-se claro, desde já, que não pode haver nenhuma vinculação quanto à natureza do sistema da *Common Law* com a doutrina dos precedentes, embora esta, nos dias atuais – e já há algum tempo – caracterize o primeiro. Isso porque a confecção de

---

por óbvio, a Constituição de um país. Acrescente-se, nesse contexto, que o controle de convencionalidade a ser desempenhado pelo Judiciário pode assumir vestes de controle de legalidade, desde que a norma parâmetro internacional não ostente status de norma constitucional. Assim, por exemplo, na Inglaterra (onde inexistente o controle de constitucionalidade), a partir do *Human Rights Act*, ficou definido que as normas do Direito inglês devem ser interpretadas de acordo com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, além da possibilidade de suas Cortes declararem a incompatibilidade de uma lei que for contrária à Convenção Europeia de Direitos Humanos, o que espelha típico controle de convencionalidade com base na legalidade. Entendendo, entretanto, que o controle de convencionalidade diz respeito exclusivamente aos tratados com nível de norma constitucional: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*. v. 46, n. 181, jan./mar. 2009, p. 123.

<sup>897</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a Necessidade de respeito aos Precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, 2008, p. 38.

<sup>898</sup> MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law tradition, an Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin American*. Stanford: Stanford University, 2007, p. 25.

<sup>899</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit., p. 38.

regras e princípios legitimando a utilização dos precedentes e a aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para além da própria utilização de precedentes vinculantes (*binding precedents*), que é, ainda mais, novo. Além de a *Common Law* ter nascido séculos antes da referida sistemática, ele funcionou muito bem como sistema de Direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como o conceito de *ratio decidendi*<sup>900</sup>.

Verdadeiramente, a *Common Law*, entendido como os costumes gerais que determinavam o *modus vivendi* do povo inglês, existiu, por vários séculos, sem *stare decisis* e *rules of precedent*. Segundo reporta Marinoni, o *stare decisis* – muito embora não se possa negar sua importância para o desenvolvimento da *Common Law*-, constitui apenas um elemento da moderna *Common Law*, que, da mesma forma, não equivale à *Common Law* de tempos imemoriais ou com os costumes gerais, de natureza secular, os quais dirigiam o comportamento dos *Englishmen*<sup>901</sup>. Atente-se para o fato de que, apesar de se entender que o *stare decisis* não tenha sido necessário para a existência do sistema de Direito material nem para o funcionamento do sistema jurisdicional inglês, pode-se asseverar que é, hoje, através dele, que as decisões judiciais estabelecem o Direito não edificado pelo Legislativo.

Quanto à teoria do *stare decisis*, cumpre observar que o modo como as cortes superiores têm enxergado seus próprios precedentes tem se desenvolvido de forma, cada vez mais, similar entre as duas culturas jurídicas. Na Inglaterra, o aspecto horizontal da *stare decisis* (através do qual o tribunal vincula-se às suas próprias decisões), passou a ser relativizado desde a decisão *Dawson's Settlement*, de 1966, da *House of Lords*. Segundo a decisão, para evitar a aderência muito rígida ao precedente, o que poderia levar à injustiça ou restringir indevidamente o desenvolvimento do Direito, a *House of Lords* reconheceu o poder de afastar-se de uma decisão anterior quando esta não foi julgada de

---

<sup>900</sup> SIMPSON, A. W. B. The *Common Law* and legal theory, in *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1973, p. 77. É preciso acolher, nesse aspecto, a advertência de Nobre Júnior no sentido de que “nem tudo quanto consta do julgado configura precedente, cuja observância é imposta nos litígios posteriores”. Segundo o autor, assim: “a) apenas as questões de direito se dirigem aos casos futuros; b) entre as proposições de direito afirmadas no julgamento, somente deve ser respeitado aquilo que foi considerado necessário para a decisão, denominado *ratio decidendi*, em contraposição ao *obiter dicta*, o qual não merece ser levado em consideração.” (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT 785, mar. de 2001, p.50).

<sup>901</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a Necessidade de respeito aos Precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, 2008, p. 35.

forma correta<sup>902</sup>. Em geral, pode-se afirmar que, nos Estados Unidos, uma versão do *stare decisis* horizontal inglês tem sido praticado, embora de um modo ainda mais flexível, já que a Suprema Corte pode considerar que a decisão anterior estava equivocada ou se tornou incompatível com os novos valores ou com o próprio Direito, deixando-a sem efeito através da prática do *overruling* ou do *overriding*<sup>903</sup>.

Além disso, a maioria dos tribunais dos países continentais - pelo menos os da Europa -, na prática, dificilmente anulam um precedente seu<sup>904</sup>. Isso, porque tentam preservar a autoridade de seus pronunciamentos, a qual estaria comprometida caso corrigisse, a todo tempo, suas próprias decisões<sup>905</sup>. Um estudo comparado dos sistemas alemão e americano, por exemplo, descobriu que, nos quase 50 (cinquenta) anos de história do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), onde foram publicadas cerca de 4000 (quatro mil) decisões, a Corte negou seus precedentes em menos de 12 (doze) casos, mesmo com os 78 (setenta e oito) diferentes juízes que tiveram assento no tribunal durante esse período<sup>906</sup>.

Podem-se citar vários países do sistema romano-germânico que tiveram seus sistemas jurídicos transformados por conta do advento de institutos originados da *Common Law*, o que fez com que seus ordenamentos criassem cada vez mais afinidade com o *modus* do sistema insular. Quanto a essa influência vinda da *Common Law* para a *Civil Law*, tem-se dito que os ordenamentos influenciados por uma variedade de outros sistemas têm se aproximado da forma *Common Law* de julgar: o juiz está na vanguarda do desenvolvimento jurídico, e o precedente é geralmente obrigatório<sup>907</sup>. Aliás, uma pesquisa realizada em vários países do sistema continental demonstra que, atualmente, a forma

---

<sup>902</sup> *Dawson's Settlement, Lloyds Bank, Ltd. v. Dawson and Others* (1966) 1 W.L.R. 1234

<sup>903</sup> O *overruling* ocorre quando há uma superação total do precedente, enquanto o *overriding* ocorre quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal, havendo um espécie de superação parcial, semelhante a uma revogação parcial da lei, sendo ambos hipóteses de reconhecimento de superação de precedentes.

<sup>904</sup> HOYER, H. 'Die Selbstbindung des österreichischen Obersten Gerichtshofes' - A auto- vinculação do Supremo Tribunal austríaco, 1974, *Österreichische Juristenzeitung*, p. 141.

<sup>905</sup> FUNKEN, Katja. *The best of both worlds – the trend towards convergence of the Civil Law and the Common Law system*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=476461>. Acesso em: 10 de janeiro de 2013.

<sup>906</sup> LUNDMARK, Thomas. 'Stare decisis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts' - *Stare decisis* na jurisprudência do Tribunal Constitucional-, 1999, *Rechtstheorie*, p. 78.

<sup>907</sup> Nessa linha de entendimento, Plessis chega a afirmar que os julgamentos em países que tradicionalmente não se aproximaram da *Common Law* estão agora caminhando naquela direção. (PLESSIS, Jacques du. *Comparative Law and the study of mixed legal systems, The Oxford handbook of comparative Law*, Coord. de Mathias Reimann e Reinhard Zimmermann. Oxford; Oxford University Press, 2007, p. 478).

como os juízes de ambos os sistemas jurídicos tratam precedentes é muito similar<sup>908</sup>. Verdadeiramente, além do que foi dito acima acerca do *stare decisis* horizontal, no que tange ao conceito de *stare decisis* vertical (casos em que as decisões dos tribunais superiores são consideradas obrigatórias para os juízes e tribunais inferiores), há, também, consideráveis semelhanças entre o sistema continental e o anglo-americano.

Atente-se, inicialmente, para o sistema judiciário alemão, que, a partir da Lei Fundamental de Bonn de 1949, prevê, em seu art. 94.2, o efeito vinculante das decisões do Tribunal Constitucional, dispondo, de forma a tornar mais contundente, a aproximação com o sistema anglo-americano, a qual a lei federal deve dispor sobre a organização e o procedimento, apontando os casos em que suas decisões terão eficácia de lei. Ainda de acordo com a seção 31 (1) da Lei do Tribunal Constitucional Federal alemão, as decisões do Tribunal vinculam as instituições constitucionais federais, nos estados e em todos os tribunais e agências. Assim sendo, mostra-se possível dizer que, no sistema alemão, existe verdadeira aproximação do sistema codificado ao da *Common Law*.

A Espanha também promulgou disposições estatutárias, nas últimas décadas, as quais tornaram algumas decisões de seus tribunais constitucionais expressamente vinculativas para os tribunais e instituições governamentais. Nessa linha, o artigo 5.1 do Estatuto Orgânico do Poder Judiciário Espanhol afirma que a Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico e é obrigatória para todos os juízes e tribunais, os quais devem interpretar e aplicar as leis e normas administrativas de acordo com precedentes e princípios constitucionais, bem como segundo a interpretação decorrente das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional<sup>909</sup>.

Também se pode atestar que, no sistema italiano, a partir da Carta de 1947, a qual encampou a prática jurídica da *stare decisis* - pelo menos em suas linhas gerais - há verdadeira aproximação do sistema da *Common Law* ao da *Civil Law*<sup>910</sup>. Da mesma forma, na Itália, a literatura acadêmica moderna agora afirma que é esperado dos juízes a própria complementação do *Codice Civile* e sua lei feita pelo juiz é explicitamente reconhecida

---

<sup>908</sup> PECZNIK, A. 'The Binding Force of Precedents', in: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, MacCormick ND, Summers RS (eds.), Ashgate Dartmouth, Sydney, 1997, p. 461.

<sup>909</sup> MIGUEL, A. R. Laporta FJ, 'Precedent in Spain', in: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, MacCormick ND, Summers RS (eds.), Ashgate Dartmouth, Sydney, p. 275.

<sup>910</sup> CALVANO, Roberta. *Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale* n. 2 del 1996, p. 1280.

como uma fonte normativa<sup>911</sup>. Também as decisões do Tribunal Constitucional português possuem força obrigatória geral, sendo que, segundo aponta Canotilho, deduz-se do art. 282º/1 da Constituição Portuguesa que, dessa força, advém, ainda, uma completa vinculação ao legislador - que fica proibido de reeditar normas julgadas inconstitucionais ou de neutralizar a decisão através de convalidação retroativa - bem como eficácia de lei, já que a conclusão da Corte Superior, por seu conteúdo normativo, irradia seus efeitos em face das pessoas físicas e jurídicas privadas<sup>912</sup>.

O mesmo se diga quanto à inclusão da jurisprudência como fonte do Direito no sistema francês, em que, entretanto, ainda defende-se que o juiz não cria o Direito, mas apenas interpreta os textos legais<sup>913</sup>. Apesar da ausência de uma doutrina formal do *stare decisis*<sup>914</sup>, há uma forte tendência por parte dos tribunais franceses, como os de outros países, a seguir os precedentes, especialmente os de tribunais superiores<sup>915</sup>. A atitude dos tribunais inferiores em relação às decisões da Corte de Cassação Francesa é, em substância, muito semelhante ao de tribunais inferiores em jurisdições de *Common Law* em face das decisões dos Tribunais Superiores<sup>916</sup>.

Há quem considere que, em grande parte sistemas judiciais continentais, a exemplo da França, Espanha e da Alemanha, a carreira de um juiz é negativamente afetada por muitas reversões de suas decisões, fato que leva os juízes a se empenharem em exercer seus juízos decisórios consistentes com as opiniões dos Tribunais Superiores<sup>917</sup>. No continente europeu, por vezes, reverbera-se a afirmação no sentido de que “os precedentes são vinculativos de fato e não de direito”<sup>918</sup>. Dessa forma, parte da doutrina considera que, contemporaneamente, não há grande diferença na forma como os juízes e tribunais da

---

<sup>911</sup> Nesse sentido: TRABUCCHI, A. *Istituzioni di Diritto Civile*, 32. ed., CEDAM, Padova 1991, p. 34; TRIMARCHI, P. *Istituzioni di Diritto Privato*, 11th ed., Giuffrè, Milano, 1996, p. 23.

<sup>912</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed., Coimbra: Ed. Almedina, 1992, p. 1079-1082.

<sup>913</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 785, mar. 2001, p. 46-72.

<sup>914</sup> Apontando que as legislações dos países do sistema continental, ao contrário de países da *Common Law*, não reconhecem a doutrina do *stare decisis*: LUNDMARK, Thomas, *Juristische Technik und Methodik des Common Law - Técnica e Metodologia do Sistema da Common Law*-, LIT Verlag, Münster, 1998 p. 22.

<sup>915</sup> DAVID, René; DE VRIES, Henry P. *The French Legal System: An Introduction to Civil Law Systems*, Oceana Publications, New York, 1958, p. 117.

<sup>916</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>917</sup> FUNKEN, Katja. *The best of both worlds – the trend towards convergence of the Civil Law and the Common Law system*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=476461>. Acesso em: 24 fevereiro 2009.

<sup>918</sup> PECZNIK, A. 'The Binding Force of Precedents', in: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, MacCormick ND, Summers RS (eds.), Ashgate Dartmouth, Sydney, 1997, p. 466.

*Common Law* e da *Civil Law* lidam com os precedentes. O comparatista alemão Ernst Rabel apontou que as diferenças práticas entre a jurisdição de precedentes entre os países continentais e insulares passaram a ser “procuradas com uma lupa”<sup>919</sup>. Com a mesma conotação, Zweigert e Kötz afirmaram que não é exagero dizer que a doutrina do *stare decisis* da *Common Law* e da prática dos tribunais continentais geralmente levam aos mesmos resultados<sup>920</sup>.

O sistema jurídico brasileiro, por sua vez, através da Emenda Constitucional nº 45 (de 8 de dezembro de 2004) e da edição da Lei nº 11.417 (de 19 de dezembro de 2006), passou a prever que as decisões de sua Suprema Corte poderão ter efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Ainda com a Emenda Constitucional nº 45, o controle concreto de constitucionalidade brasileiro sofreu outra importante influência da *Common Law* (especialmente do Direito estadunidense): foi implementado o instituto da repercussão geral, cuja demonstração passou a ser exigida em todos os recursos extraordinários que são levados ao STF<sup>921</sup>.

Há outras reformas legislativas que demonstram a aproximação do sistema brasileiro com a tradição da *Common Law*, podendo-se citar, por exemplo, o conteúdo do art. 38 da Lei nº 8.038/90, que permitiu ao Relator, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, negar seguimento a recurso que contrarie, nas questões de direito, súmula do respectivo Tribunal; o art. 557 do antigo Código de Processo Civil, que, na mesma dinâmica, dispõe que o relator negará seguimento a recurso que estiver em confronto com súmula ou com jurisprudência predominante do Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; o art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, que também estabeleceu que o relator poderá negar seguimento ao recurso de revista, se a decisão recorrida estiver em consonância com enunciado de súmula do Tribunal Superior do Trabalho; o art. 285-A, também do Código de Processo Civil, o qual determina que, quando a matéria for unicamente de direito e, no juízo, já houver sido proferida sentença de improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a

---

<sup>919</sup> RABEL, Ernst. *Deutsches und Amerikanisches Rect - Direito Alemão e American Law*, 1951, 16 *Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Recht* 340, p. 34.

<sup>920</sup> ZWEIGERT, Konrad; KOTZ, Hein, *Introduction to Comparative Law: Volume 1 – The Framework*, 2 ed., 1987, p. 263.

<sup>921</sup> Sobre a aproximação do direito brasileiro com o direito norte-americano a partir da repercussão geral, vide: PINTO, José Guilherme Berman C. *Repercussão geral e writ of certiorari*, Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, 2006, pp. 95-99.

citação e proferida sentença nos mesmos moldes da já anteriormente prolatada. Ainda são citados, como exemplos de avizinhamo com o sistema da *Common Law*, os artigos 543-B e 543-C, bem como 544, § 3º e § 4º do Código de Processo Civil brasileiro.

A afirmação de aumento da convergência do sistema brasileiro com o *modus* do sistema insular robustece seu sentido com o exemplo do seu Novo Código de Processo Civil - em vigor a partir de 2016 -, o qual reforça, grandemente, a assimilação, por parte dos tribunais nacionais, de institutos insulares, tais como a súmula vinculante, o uso de precedentes e os incidentes de repercussão geral, tornando a jurisprudência nesse sistema fonte primária não apenas de aplicação e interpretação, mas também de criação do Direito. Nesse sentido, também reconhece-se que, na Alemanha, os tribunais estão em primeiro plano no processo de revelação e formação do Direito<sup>922</sup>.

Reciprocamente, os países do sistema insular também têm passado por transformações que os aproximam do sistema civilista. A dinâmica de elaboração casuística e jurisprudencial, a qual define e formata o sistema da *Common Law* desde sua gênese, tem-se conciliado com a vontade de efetuar na sociedade profundas e rápidas transformações, de modo que as leis e regulamentos adquirem cada vez mais importância em comparação com a situação anterior<sup>923</sup>. Verdadeiramente, se, na origem do Direito inglês, havia baixa produção de leis, isso não ocorre no *Common Law* contemporâneo. Ainda que o papel da legislatura se tenha convertido em mais importante ao longo dos anos, o inglês *Lord Goff* aponta que somente por volta dos últimos 150 anos, e especialmente a partir da Segunda Grande Guerra, é que a legislatura se tornou gradualmente ativa na Inglaterra<sup>924</sup>.

A sua natureza de legislação moderna é tal que, surpreendentemente, a fábrica de princípios legais permaneceu irretocada, resultando que seu gradual desenvolvimento nas cortes remanesce firme<sup>925</sup>. Apesar de a *Common Law* manter sua estrutura, o papel desempenhado pela legislação escrita vem acentuando-se ao longo das últimas décadas,<sup>926</sup> e os métodos utilizados nos dois sistemas tendem, também por isso, a

---

<sup>922</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova no Processo Penal*. Coimbra Editora, 2006, p. 183.

<sup>923</sup> DAVID, René. *Os grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 303.

<sup>924</sup> GOFF, Robert, Judge. *Jurist and Legislature*, 2 Denning L. J., 1987, p. 80.

<sup>925</sup> *Ibid.*, p.80

<sup>926</sup> Trata-se, verdadeiramente, de fenômeno recente. Em cinco séculos, cite-se, como fonte legislativa relevante no Direito inglês, apenas as Leis de Aethelbert (600 d.c.), In DAVID, René. *Os grandes Sistemas do*

se aproximar. No âmbito europeu, ensaia-se, no decorrer da última década, um processo de avizinhamo entre o Direito inglês e o Direito do continente europeu, processo esse contaminado pelas exigências do comércio internacional<sup>927</sup> e beneficiado por uma mais nítida consciência das similitudes que existem entre os países europeus ligados a certos valores da civilização ocidental<sup>928</sup>.

Também nos Estados Unidos, a produção legislativa contemporânea, diferentemente do que se pensa, tem sido alta<sup>929</sup>. Chega-se a dizer que em um estado típico

---

*Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.357), as Leis de Alfredo o Grande (890 d.c.) (referida em MORENO, Miguel Duro. *Introducción al Derecho Inglés, La traducción jurídica inglés-español y su entorno*, Edisofer S.L. Libros Jurídicos, Madrid, 2005, p.69) e as leis do rei dinamarquês Canuto (1017-1035). (DAVID, René. *Op. Cit.*, 2002, p.357). A respeito de duas dessas leis, assim ilustra David: "...tal como as outras leis bárbaras, as leis anglo-saxônicas apenas regulam aspectos muito limitados das relações sociais as quais se estende a nossa concepção atual de direito. As leis de Aethelbert, rei do Kent, redigidas em língua anglo-saxônica no século 600, apenas comportam 90 frases breves. As leis do dinamarquês Canuto (1017-1035), quatro séculos mais tarde, são mais elaboradas e anunciam já a passagem da era tribal para a feudal". (DAVID, René. *Op. Cit.*, 2002, p.357).

<sup>927</sup> No sentido de que o sistema anglo-saxão exerce hoje uma influência mundial quase hegemônica, devido à eficiência da sua difusão pelo comércio internacional: CHENUT, Charles-Henry. Abordagem comparativa entre os sistemas de *Civil Law* e de *Common Law* In: Estudos de direito comparado e de direito internacional, Ed. Juruá 2011, pp. 153. A globalização é um fator sempre apontado como responsável pelo aumento gradativo da aproximação entre os sistemas. Assim é que, nesse sentido, pontuou-se que "o aumento da internacionalização comercial e cultural tiveram e continuam tendo suas conseqüências no direito de todos os sistemas jurídicos. Em particular as duas maiores tradições legais do Ocidente, a *Common Law* e a *Civil Law*, têm estado mais próximas nas últimas décadas." (FUNKEN, Katja. *The best of both worlds – the trend towards convergence of the Civil Law and the Common Law system*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=476461>. Acesso em: 24 fevereiro 2009).

<sup>928</sup> Bacigalupo reporta uma "unidade notável" no Direito Penal dos Estados-Membros da União Europeia: todos sancionam ações precisas; todos condicionam a aplicação de penas a requisitos objetivos e subjetivos; todos diferenciam tentativa de consumação e sancionam, cada uma a seu modo, autores, instigadores e cúmplices; todos impõem penas fundamentalmente similares (privação da liberdade, pecuniária e privação de direitos) ligadas a um núcleo convencional de crimes (contra a vida, a honra, a propriedade, o patrimônio, a liberdade) e aos princípios de legalidade e territorialidade (BACIGALUPO, Enrique. *El "Corpus Juris" y la tradición de la cultura jurídico-penal de los EE. MM. de la Unión Europea*, en *Hacia el nuevo Derecho penal*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2006, p. 737). Ver, também, nesse aspecto: TIEDEMANN, Klaus. *L'européizzazione del diritto penale*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, ano XLI, 1998, p. 10; DAVID, René. Os grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 303.

<sup>929</sup> São exemplos os Códigos previstos nos estados de Nova Iorque, Louisiana, Califórnia, Montana, Dakota do Norte e Dakota do Sul – dentro do ordenamento jurídico norte-americano – e de alguns ramos de direito codificados na Índia, que, desde o período do domínio inglês do século XIX, mantém sua tradição de *Common Law*. A criação do Código Comercial Uniforme americano é outra indicação do crescente número de codificações e do aumento subsequente da importância do pensamento sistemático na lei americana. A doutrina identificaram, quanto ao estilo e estrutura do Código Comercial Uniforme, um forte elemento de influência alemã. (WHITMAN, J. 'Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code', 1987, 97 *Yale Law Journal*, p. 156). Por exemplo, Schlesinger observa que Karl N. Llewellyn, o principal redator do código, assumiu, na confecção do código, importantes características inspiradas por seu estudo do direito alemão (SHELESINGER, R. B. *Comparative Law, Cases, Text, Materials*, 6th ed., *Foundation Press*, Mineola/NY, 1998, p. 21).



norte-americano tenha tanta legislação quanto um país europeu ou latino-americano<sup>930</sup>, o que permite concluir que a profusão de leis não exclui a necessidade de um sistema de precedentes<sup>931</sup>. Tem-se dito que os sistemas dos países da *Common Law* assumiram a “idade dos estatutos”<sup>932</sup> e que a interpretação dos estatutos, nesses países – e, de um modo especial, nos Estados Unidos da América -, é “nova fonte primária de direito”<sup>933</sup>. Além disso, há também uma série de países em desenvolvimento, cujo ordenamento tem base na *Common Law*, que tem importado alguns códigos para modernizar rapidamente seu sistema legal através do transplante de alguns aspectos das leis de países desenvolvidos do sistema continental<sup>934</sup>, em vez de esperar uma mais difícil e demorada atualização de seu sistema jurídico a partir da atividade dos juízes<sup>935</sup>.

A doutrina identifica a razão para o aumento da codificação em jurisdições de *Common Law* no fato dos juízes e tribunais não serem capazes de escrever rápido o suficiente as regras que a dinâmica da sociedade exige<sup>936</sup>. Nos dias hodiernos, assim, remanesce, na *Common Law*, uma estrutura muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o destaque dado à legislação foi aumentando, e os métodos usados, nos dois sistemas, tendem a aproximar-se, inclusive no que tange à regra de direito, que, cada vez mais, tende a ser concebida nos países de *Common Law* como o é nos países da família romano-germânica. Assim, assevera-se que quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, são, muitas vezes, dadas às questões pelo

---

<sup>930</sup> MERRYMAN, John Henry. *The civil law tradition, an Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin American*. Standford: Standfor University, 2007, p. 27. Vide, ainda, quanto ao tema: STAPERT, Bart, *American Approach to Harmonization, the Model Penal Code as an example for Europe*, in *Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law*, pp. 109-114; SIEBER, Ulrich. *Memorandum on a European Model Penal Code*, *European Journal of Law Reform*, nº 4, 1999, pp. 445-471.

<sup>931</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de respeito aos Precedentes no Brasil, in *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, 2008, p. 37.

<sup>932</sup> CALABRESI, Guido. *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard University Press, Cambridge/Mass, 1985, p. 87.

<sup>933</sup> Nesse sentido: ESKRIDGE, W. N. e FRICKEY, P. P. *Statutory Interpretation as Practical Reasoning*, 1990, *42 Stan. L. Rev.*, p. 321.

<sup>934</sup> Mas até hoje ainda não houve, esclareça-se, nenhum movimento de codificação a exemplo do acontecido nos países continentais, tendo a *Common Law* desenvolvido-se sem se desgarrar essencialmente da jurisprudência dos Tribunais. (DAVID, Rene. *Os grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 378).

<sup>935</sup> A adoção, pela Etiópia, de códigos de estilo europeu, incluindo um Código Civil com base no Código de Napoleão, é um exemplo do que se acaba de dizer. (MERRYMAN, John, 'On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law', 1981, *17 Stanford Journal of International Law*, p. 357, reprinted in: Merryman JH, *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America and East Asia*, The Michie Company, Charlottesville/VA, 1994, p. 21).

<sup>936</sup> Nesse sentido: CALABRESI, Guido. *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard University Press, Cambridge/Mass, 1985, p. 163.

direito nas duas famílias de direito<sup>937</sup>. Considerando a constante mudança no mundo contemporâneo e a rapidez que caracteriza as relações sociais atuais, a assimilação dos códigos por países da *Common Law* e a simultânea convergência da *Common Law* com o sistema da *Civil Law* inevitavelmente continuarão.

No território europeu, o grande manancial de conceitos advindos do *Civil Law* para o *Common Law* tem sido as diretivas da União Europeia, as quais são emitidas pela Comissão e Conselho da União Europeia, em colaboração com o Parlamento Europeu<sup>938</sup>, e que impõem a todos os outros Estados-Membros (incluindo os pertencentes à tradição insular, como o Reino Unido) a obrigação para promulgarem legislação em conformidade com as exigências da respectiva diretiva. Acrescente-se, assim, que o potencial de aproximação entre os dois sistemas engrandeceu-se posteriormente, nos países hoje pertencentes à União Europeia, cuja maior parte integra a tradição romano-germânica, em que os princípios de aplicabilidade direta do Direito comunitário e da sua predominância em relação aos Direitos nacionais, com ele conflitante, levaram à posterior hierarquia das normas com a consequente forma de controle judiciário da eficácia (comunitária<sup>939</sup>) das normas<sup>940</sup>. O fato de uma estrutura mista de jurisprudência e estatutos - como o sistema jurídico da União Europeia - ser tratada com sucesso pelos tribunais do continente e de *Common Law*, no Reino Unido e na Irlanda, prova que o desenvolvimento da convergência tem funcionado<sup>941</sup>.

Essa nova sistemática forçou uma maior abertura do campo de criatividade dos juízes civilistas, que passaram a enfrentar e a sopesar mais esse controle hierárquico normativo, que deve, usualmente, ater-se a normas comunitárias vagas e programáticas, redundando, assim, em um grau de criatividade muito próximo ao referido a respeito da normas constitucionais<sup>942</sup>. O Tratado da União Europeia é, verdadeiramente, de natureza bastante aberta – de forma similar às normas previstas em textos constitucionais, cujo

---

<sup>937</sup> DAVID, René. *Os grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 379.

<sup>938</sup> Art. 189 do Tratado da União Europeia.

<sup>939</sup> Sobre o papel dos juízes comunitários no contexto da Comunidade econômica Europeia: LECOURT, R. *L'Europe des juges*, E. Bruylant, Bruxelles, 1976; KUTSCHER, Hans. *Methods of Interpretation: As Seen by a Judge at the Court of Justice, Court of Justice of the European Communities, Judicial and Academic Conference*, Sept. 27-28, 1976; PESCATORE, Pierre. "Aspects judiciaires de "l'acquis communautaire"". *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1981, p. 617.

<sup>940</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 126.

<sup>941</sup> Os sistemas híbridos de Louisiana, Quebec, Porto Rico e Sul África fornecem mais alguns exemplos nesse sentido.

<sup>942</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Op. Cit.*, p. 127.

conteúdo e plasticidade caracterizam-nas como *opened textures* - e, devido a isso, o Tribunal de Justiça da União Europeia precisa, cada vez mais, ser judicialmente ativo<sup>943</sup>. O Tribunal de Justiça da União Europeia, portanto, contribui não só para a unificação da Europa e da Lei Europeia, mas também para o reforço da convergência dos graus de ativismo judicial nos países da *Common Law* e da *Civil Law*.

Os estudos de Direito comparado têm frequentemente destacado o efeito de convergência que resulta em paralelo à unificação da Europa<sup>944</sup>, sendo que, no mesmo caminho, a grande maioria dos estudiosos concorda que o Tribunal de Justiça da União Europeia apresenta uma contribuição substancial para a convergência da *Civil Law* e da *Common Law*<sup>945</sup>. Nesse sentido, diz-se que o desenvolvimento do trabalho de órgãos como a Comissão Europeia dos Direitos do Homem e o Tribunal de Justiça da União Europeia possui força unificadora legal, tornando os sistemas jurídicos dos Estados-membros, tanto da *Common Law* quanto da *Civil Law*, cada vez mais próximos uns dos outros<sup>946</sup>. Os pronunciamentos contínuos do Tribunal de Justiça da União Europeia acerca do conteúdo e extensão dos princípios e a exposição de regras básicas do Tratado da União Europeia tem levado ao desenvolvimento de uma jurisprudência que desempenha um papel, cada vez mais, importante no direito de cada Estado-Membro europeu, tornando-os dominados pela jurisprudência<sup>947</sup>.

Um outro aspecto digno de registro, no âmbito da convergência entre os sistemas jurídicos, é a inegável influência que o sistema jurídico americano exerce sobre os ordenamentos jurídicos dos demais países. Nesse sentido, os mecanismos mais importantes que contribuem atualmente para o processo de convergência entre os sistemas da *Common Law* e *Civil Law* são a influência da lei americana, a unificação da Europa e a unificação

---

<sup>943</sup> LEWIS, X., 'A Common Law Fortress under Attack: Is English Law Being Europeanised?', 1995, 2 *Colum. J. Eur. L.*, p 1; TZOVARAS T., 'Judicial Law-Making in the European Court of Justice', 1992, 17 *The University of Queensland Law Journal* 76, p. 110.

<sup>944</sup> Nesse sentido, vide: MERRYMAN, J. H. *Convergence and Divergence of the Civil Law and the Common Law*, op. cit., p. 23-24; VRANKEN, M. *Fundamentals of European Civil Law and Impact of the European Community*, The Federation Press, Sydney, 1997, pp. 217-21; VRANKEN, M. 'The Relevance of Civil Law Doctrines in Australian Courts: Some Examples from Contract and Tort', 1999, *UNSW Law Journal*, p.1.

<sup>945</sup> Seguindo esse raciocínio, vide: HARTTLIEF, T. *Towards a European Private Law? A Review Essay*, 1994, 1 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 166, p. 174.

<sup>946</sup> FUNKEN, Katja. *The best of both worlds – the trend towards convergence of the civil law and the common law system*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=476461>. Acesso em: 10 jan. 2013.

<sup>947</sup> Sobre o poder subsidiário do Tribunal em relação ao poder dos tribunais internos, vide: MOURA RAMOS, Rui Manuel. O acesso dos participantes aos Tribunais Europeus. In: *50 Anos do Tratado de Roma*, Lisboa, 2007, p. 252.

das regras jurídicas, por meio de convenções e leis modelo<sup>948</sup>. Dificilmente se pode contestar que a lei norte-americana teve uma grande influência em vários importantes conceitos hoje existentes no sistema jurídico da *Civil Law*. Na sequência da sua vitória na Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos exportaram parte de suas ideias para a Europa – especialmente, em áreas do Direito civil, como contratos, lei antitruste, responsabilidade do produto, entre outros<sup>949</sup>. Entre alguns estudiosos europeus, tornou-se comum comparar a importação de institutos legais e culturais americanos com redescoberta na Europa do Direito romano e a recepção gradual, entre os séculos XII e XVI, do *ius commune* romano por parte dos países europeus<sup>950</sup>.

Muito embora possa parecer excessiva a analogia da lei norte-americana com o *ius commune* do século XXI, há certas áreas do Direito em que todos os países europeus – especialmente, quanto às normas de Direito comercial - sentiram uma enorme influência norte-americana<sup>951</sup>. Além disso, as faculdades de Direito norte-americanas atraem estudiosos e estudantes europeus, os quais, segundo opinião de alguns, passam a se familiarizar com o pensamento jurídico norte-americano e com a metodologia da *Common Law*, reforçando e acelerando o reconhecimento dos precedentes como fonte de lei também nos países continentais<sup>952</sup>.

Segundo Voге, como a internacionalização do Direito Penal e do processo penal é uma forma de interação entre diferentes atores, cuja influência depende bastante de seu poder político, a internacionalização do Direito leva a uma *americanização*, também em matéria penal: o Direito penal dos Estados Unidos da América – por ser o Estado mais poderoso do mundo - estende globalmente sua influência em face de outros instrumentos internacionais e leis nacionais<sup>953</sup>. O reflexo da americanização do Direito Penal europeu e dos Direitos Penais nacionais é claramente perceptível na criminalização da lavagem de

---

<sup>948</sup> FUNKEN, Katja. *The best of both worlds – the trend towards convergence of the civil law and the common law system*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=476461>. Acesso em: 10 jan. 2013.

<sup>949</sup> BAUDENBANCHER, C. *Das Europäische Modell bei Kartellverbot und Missbrauchsaufsicht – ein Exportartikel?* - O Modelo Europeu de proibição de Cartéis e Controle do Abuso: um Item de Exportação?, In: *Schwerpunkte des Kartellrechts* 9, FIW-Schriftenreihe n. 175, 1997, p. 13.

<sup>950</sup> CRUZ, P., *Comparative Law in a Changing World*, Cavendish, London, 1999, p. 485; WIEGAND, W., *The Reception of American Law in Europe*, 1999, 39 *Am. J. Comp. L.*, P. 22.

<sup>951</sup> FUNKEN, Katja. *Op. Cit.*.

<sup>952</sup> BAUDENBANCHER, C., 'Some Remarks on the Method of Civil Law', 1999, 34 *Texas International Law Journal*, p. 356.

<sup>953</sup> VOGE, Joachim R. *La internacionalización del Derecho penal y del Proceso penal*. *Revista Penal* n.º 22, Wolters Kluwer España, S.A., Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla, Julho 2008.

dinheiro, operada a partir da política de Reagan de *Follow the Money*, que influenciou, diretamente, a Convenção das Nações Unidas de 1988 e a Diretiva n. 91/308/CEE<sup>954</sup>. Na parte especial do Direito Penal, o desenvolvimento dos crimes cibernéticos, o direito penal contra o crime organizado e contra o branqueamento de capitais, as "guerras" penais contra a droga e o terrorismo são áreas que foram inicialmente conceituadas pelos Estados Unidos, antes de se espalharem para outros Estados<sup>955</sup>. Ainda segundo Voge, a política criminal norte-americana é a mais influente em todo o mundo, reflexo de uma pressão diplomática aberta e, no campo jurídico, resultado dos tratados internacionais editados pelas Nações Unidas e, recentemente, pelas resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas impulsionados por esse país, a exemplo da matéria de terrorismo<sup>956</sup>.

Pode-se identificar, ainda, como um concreto e claramente perceptível início do processo de aproximação entre os dois sistemas, a evolução normativa – tanto de resoluções quanto dos próprios Estatutos legitimadores – dos tribunais penais internacionais (*ad hoc* ou permanentes). Tem-se destacado, aliás, o grande contributo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional para o sistema da *Common Law*<sup>957</sup>, sem

---

<sup>954</sup> VALENTE, Manoel Monteiro Guedes. Do Mandado de Detenção Europeu, Almedina, 2006, p. 36, nota 54.

<sup>955</sup> Quanto à influência do Direito norte-americano no Direito Penal europeu, *vide*: VOGEL, Joaquim. Política Criminal y Dogmática Penal Europeas. In: *Revista Penal*, n. 11, 2002, p. 141 e nota 14. Esse fenômeno pode e deve ser discutido de forma crítica e discursivamente, para separar o desejável do repreensível, o legítimo do que não é. Nesse sentido, por exemplo, na Europa, a política criminal e dogmática penal europeia tem servido como um filtro pelo qual devem passar esses impulsos internacionais antes de serem recebidos pelas autoridades europeias, fato que tem contribuído positivamente para uma identidade de direito penal europeu que está enraizada na história criminal constitucional e legal da Europa. Sobre a limitação dessa influência (americanização), que impede, por exemplo, a transposição normativa da pena de morte: KUHLEN, Lotha. *El Derecho penal del futuro*, en Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín, Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo., Servicio de publicaciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 2003, p. 227; KAGAN, Robert A. *American and European Ways of Law: Six Entrenched Differences, Paper, First European Socio Legal Conference*, Onati, Spain, July 6-8, 2005, p. 36. Há também uma idéia especificamente europeia de tolerância, que se opõe à política criminal de tolerância zero contra meras ofensas morais ou administrativas. O último pilar da identidade jurídica penal europeu é o reconhecimento do Tribunal Penal Internacional, mesmo à custa de confronto político e jurídico com os Estados Unidos. (VOGE, Joachim R. *La internacionalización del Derecho penal y del Proceso penal*, Revista Penal n.º 22, Wolters Kluwer España, S.A., Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla, Julho 2008).

<sup>956</sup> VOGEL, Joachim R. *La internacionalización del Derecho penal y del Proceso penal*, Revista Penal n.º 22, Wolters Kluwer España, S.A., Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla, Julho 2008.

<sup>957</sup> Claro que, como é de se esperar, várias regras estabelecidas no referido Estatuto se distanciam do quanto estabelecido no sistema da *Common Law*. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Art. 64) confirma que o controle sobre o processo judicial reside no magistrado, e não nas partes (notadamente no que concerne a testemunhas, Art. 64(6)(b)). Ainda como outro exemplo, o Art. 68(5) do Estatuto de Roma reconhece que, quando necessário para a proteção da segurança da testemunha, o promotor pode apresentar um apanhado do depoimento testemunhal, para evitar sua presença em juízo, fato esse que seria impossível de acontecer em um tribunal de *Common Law* americano, tendo em vista o instituto constitucional do direito

que este tenha deixado de incorporar também as doutrinas da *Civil Law*, contrabalanceando, assim, em suas diretrizes, os sistemas das duas famílias<sup>958</sup> e contribuindo, conseqüentemente, para o aprimoramento da convergência entre eles<sup>959</sup>. Com o tempo, esse equilíbrio entre os dois sistemas, dentro da óptica dos estatutos dos tribunais internacionais, tem emergido cada vez mais. Um grande número de reformas tem fortalecido a paridade de armas (modelo acusatório) e o papel ativo do juiz (modelo inquisitorial) a um mesmo tempo<sup>960</sup>. Os processos penais internacionais resultam, assim, da transfusão gradual dos conceitos e regras penais nacionais dentro do cenário internacional,

---

ao confronto (*right to confrontation*, no original) estabelecido na Sexta Emenda à Constituição Americana (“Em todos os procedimentos criminais, o acusado terá o direito(...)de ser confrontado com as testemunhas da acusação...”). Ademais, reformas sucessivas das regras gerais de prova eliminaram a proibição inicial de prova indireta e deram ao juízes o poder de registrar as declarações testemunhais oralmente ou por escrito no interesse da justiça (Art. 89(F)). Ainda no que concerne à divisão entre processamento/instrução e julgamento, a prática internacional tende ao modelo da *Civil Law* de uma audiência única, em que se estabeleça tanto a culpa ou inocência pela prática de crime, quanto a pena aplicada na sentença. O Art. 76(2) do Estatuto de Roma reconhece a possibilidade excepcional de uma audiência adicional, conseqüentemente implicando que a regra geral deva ser um processo unificado, algo que difere bastante da prática padrão de uma audiência separada para o julgamento nas jurisdições de *Common Law*, formatada dentro da realidade do sistema do júri.

<sup>958</sup> Nesse sentido: “*In the final analysis, the general part of the Rome statute reveals a greater debt to common Law modes of thinking and drafting, but there is room within the statute for incorporating civilian doctrines and achieving a greater balance between the two systems*” (FLETCHER, George P. *The Influence of the Common Law and Civil Law Traditions on the International Criminal Law, The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Ed. A. Cassese, Oxford University Press, New York, 2009, p. 107).

<sup>959</sup> Em algumas áreas, entretanto, como por exemplo na da negociação (*bargaining*) entre o promotor e o advogado de defesa, o equilíbrio entre os sistemas ainda não foi alcançada. A confissão negociada (*plea bargaining*), que, inicialmente, parece ter sido excluída devido à gravidade dos crimes internacionais, parece se tornar necessária por razões práticas, ainda que sua disciplina legal não esteja definida. Conquanto o Estatuto do Tribunal Penal Internacional franqueie ao acusado o direito de confissão (Art. 64(2)), esse direito mais se assemelha ao modelo continental de “confissão” (Art. 65), afastando-se, verdadeiramente, dos modelos anglo-americanos do *guilty plea*, não havendo no Estatuto, aliás, nenhuma previsão compatível com a possibilidade de negociação entre o promotor público e o advogado de defesa. Esses dois modelos, segundo aduz Damaška, estabelecem regras bem diferentes e aparentemente inconciliáveis sobre tal espécie de negociação, especialmente no que diz respeito ao papel do juiz e à natureza (pública) da negociação. O autor aponta que é preciso evoluir nesse aspecto específico, tanto devido ao caráter híbrido do estatuto, quanto pelo papel pedagógico particular à Justiça Penal Internacional. (DAMASKA, M. *Negotiated Justice in International Courts*, 2 JICJ, 2004, p. 1018-1019).

<sup>960</sup> Um exemplo clássico da necessidade de reajustamento sucessivo é o juiz pré-instrução: primeiro instituído pela prática, uma emenda aos Regulamentos adotados em julho de 1998 (Regulamento do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia, em seu Art. 65) oficialmente incorporou o *pre-trial judge*, que verifica o respeito às regras de admissibilidade e – ao menos em alguns aspectos – exerce o papel de juiz de confirmação para a realização do júri (ou juiz de pronúncia) no sistema *Common Law*, ou para a submissão do caso ao juiz de instrução em alguns sistemas de *Civil Law*. Finalmente, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional estabeleceu uma Câmara de Pré-Instrução (*Pre-Trial Chamber*, no original), em seus artigos 15, 56, 57 e 58, os quais estendem e fortalecem a instituição do *pre-trial Judge* no âmbito do Tribunal Penal Internacional. No que concerne à participação da vítima, segundo aponta Delmas-Marty, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Art. 68(3)) evidencia o início de uma nova evolução no que tange à aproximação entre os sistemas: DELMAS-MARTY, Mireille. *Comparative Criminal Law as a Necessary Tool for the Application of International Criminal Law, The Oxford C. to ICJ*, Ed. A. Cassese, Oxford University Press, New York, 2009, p. 98.

não advindo de um corpo legal uniforme, mas da combinação e da fusão dos dois diversos sistemas legais<sup>961</sup>.

Também no âmbito específico das proibições de prova, segundo Andrade, configura-se uma das áreas da experiência jurídica “onde mais se atenuam e embotam as conhecidas linhas de clivagem e afrontamento entre os sistemas continentais e anglo-saxões de direito”<sup>962</sup>. Nessa seara, segundo o referido autor, estreitam-se consideravelmente as distâncias que, em geral, “separam a construção sistemático-dogmática, própria da experiência jurídica alemã, e o sistema do precedente sobre o que se assenta o direito americano”<sup>963</sup>.

Existem, ainda, diversos tratados e convenções internacionais em uma variedade de campos, todos adotados pelos países de ambas as tradições jurídicas, os quais têm o efeito de aproximar os sistemas jurídicos através da convergência de normas estabelecidas em um estatuto comum, no entanto, o efeito prático de uma convergência formal, por meio da adoção de uma convenção ou tratado único para países de ambas as famílias jurídicas, não pode ser superestimado<sup>964</sup>. Merryman apontou que, por exemplo, um juiz francês interpretará os termos da convenção através da herança jurídico-cultural de seu país e que, portanto, ao final, a convergência terá sido essencialmente formal<sup>965</sup>; é realmente natural que o processo de domesticar uma instituição jurídica estrangeira necessariamente a transforme em algo diferente do que era em sua origem<sup>966</sup>, entretanto, na prática, uma ou outra parte em litígio vai esforçar-se para convencer o juiz a lidar com a disposição de modo a fornecer um resultado consistente com a convergência ideal, o que

---

<sup>961</sup> Nesse sentido, a opinião de Cassese, no caso Erdemovic: CASSESE, Antonio. *Erdemovic case - The Appeals Chamber rules that Drazen Erdemovic should enter a new plea*, The Hague, 7 October 1997, CC/PIO/247-E.

<sup>962</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova no Processo Penal*. Coimbra Editora, 2006, p. 183-185.

<sup>963</sup> Segundo o autor, isso se deve à tendência centrífuga do direito das proibições de prova, vale dizer, à sua irreduzível hipoteca às singularidades do caso concreto, tornando essa zona do ordenamento jurídico particularmente refratária às construções sistemáticas, próprias da dogmática jurídica de modelo germânico. (ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. Cit.*, p. 183-185). Nesse campo de incidência, segundo Roxin, “tudo recomenda que se renuncie ao enunciado de princípios globais e que se procure a solução para as singulares proibições de prova de forma individualizadora, a partir da análise ponderada dos diferentes interesses em concreto conflitantes” (ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht – Direito Penal*, 22 Auflage, Munchen, Beck, 1991, p. 149). *Vide*, ainda, quanto ao tema: GOSSEL, Karl-Heinz, *As proibições de prova no direito processual penal da República Federativa da Alemanha*, in RPCC, Coimbra, n. 02, 1992, p. 397-441.

<sup>964</sup> FUNKEN, Katja. *The best of both worlds – the trend towards convergence of the civil law and the common law system*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=476461>. Acesso em: 15 fev. 2013.

<sup>965</sup> LEGRAND, P., ‘John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue’, 1999, *American Journal of Comparative Law* 3, p. 46.

<sup>966</sup> FUNKEN, Katja. *Op. Cit.*

pode levar, ao menos, a uma redução das diferenças no modo em que cada um dos sistemas interpretam e aplicam essa disposição<sup>967</sup>.

Não resta dúvida, assim, que as últimas décadas assistiram ao vertiginoso aumento da insularização em um número crescente de países da *Civil Law*, como fenômeno substancialmente similar e com contornos não menos dramáticos que nos países da *Common Law*<sup>968</sup>. Em análise conclusiva, no que se refere à relação entre as tradições jurídicas da *Civil Law* e da *Common Law*, além das muitas diferenças, ainda hoje, identificáveis, há fortes tendências convergentes que ganham relevância, na base das quais está a necessidade comum de atribuir – de modo muito mais incisivo que em outras épocas - maior confiabilidade e responsabilidade ao Poder Judiciário pela formação e evolução do Direito<sup>969</sup>.

Na prática recente, as jurisdições dos Estados-membros da comunidade internacional movem-se por caminhos, cada vez mais, familiarizados, tendo toda essa sistemática exposta acima sido responsável por complementar os sistemas jurídicos continentais com elementos de *Common Law* (através da absorção de fontes jurisprudenciais) e, em contrapartida, também suplementar o sistema do *Common Law* (por meio de aspectos normativos e conceituais subsumidos do *Civil Law*)<sup>970</sup>. Não resta dúvida, assim, que a convergência<sup>971</sup> entre o Direito continental e insular está progredindo rapidamente, e seus efeitos são evidentes na realidade legal de hoje, tanto no âmbito nacional quanto internacional.

Tendo-se identificado a aproximação entre os dois sistemas - mas, entretanto, estando ainda evidentes variadas distâncias entre os mesmos - , cumpre buscar, concretamente a partir do estreitamento de seus institutos primordiais (precedentes,

---

<sup>967</sup> LEGRAND, P., 'John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue', 1999, *American Journal of Comparative Law* 3, p. 46.

<sup>968</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores?. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 128.

<sup>969</sup> Ibid., p. 133.

<sup>970</sup> O sistema legal Inglês, no decorrer das últimas décadas, tem sido influenciado por alguns conceitos advindos do *Civil Law*, conforme manifestação de Lord Denning MR, já em 1977: "Sabemos, é claro, que a prática no continente europeu é diferente. Parece-me que o tempo chegou: devemos rever nossa prática" (Nippon Yusen Kasha v. Karageorgis 1 W.L.R. 1093 at 1095-1095).

<sup>971</sup> Há quem aponte, ainda, que a convergência entre os sistemas é reforçada, ainda, pela unificação do direito privado feita por instituições especificamente destinadas a esse fim, como é o caso de algumas organizações internacionais como a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) e da Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL). (FUNKEN, Katja. *The best of both worlds – the trend towards convergence of the civil law and the common law system*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=476461>. Acesso em: 10 jan. 2013).



de um lado, e base normativa mínima, de outro), um maior benefício para cada sistema jurídico, como forma de incentivar a dinâmica de harmonização e obter um melhoramento do sistema jurídico de cooperação penal internacional. Verdadeiramente, cada um dos sistemas sustenta-se em princípios e dogmas que ainda militam em desfavor da assimilação de conceitos e institutos que, em que pese serem pertencentes a uma outra teoria e tradição, revelam-se, nos dias hodiernos, imprescindíveis diante da prática e da realidade da persecução penal internacional, o que serve para salientar a importância e a conveniência de convergência. Parte-se, a partir daqui, em busca de identificar os institutos de um sistema que devem ser transpostos para o outro, de modo a trazer melhorias em ambos os sistemas. É o que se verá a partir do próximo tópico.

## CAPÍTULO 9

### DA NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE UMA TEORIA DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO ORDENAMENTO JURIDICO DOS PAISES DO *CIVIL LAW* E DE CRIAÇÃO DE UM MECANISMO UNIFORME DE COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL ENTRE OS DIVERSOS PAÍSES

#### 9.1 – As normas de conceitos jurídicos indeterminados e o amplo espaço de subjetividade do juiz para a definição dos litígios

A circunstância de ser o Poder Legislativo responsável pela elaboração das normas jurídicas destinadas a regular a vida em sociedade – e de ser essa função atribuída com quase absoluta primazia a esse Poder – não significa que o aplicador da lei terá sempre um único caminho a percorrer, quando da formulação de seu juízo de interpretação da lei. A análise contrária partiria da falsa premissa de que a visão do legislador, ao elaborar a norma, seria clara a ponto de, em todas as circunstâncias de fato ocorridas, conseguisse o aplicador vislumbrar um único roteiro a ser seguido para a solução final do litígio. Diferentemente, importa reconhecer que “logo que a lei é promulgada, as suas indicações passam a estar à disposição da atividade judicial”<sup>972</sup>. Por mais clarividente que seja a norma, haverá amplo espaço para um juízo valorativo a ser implementado pelo magistrado, já que este, ao julgar, carrega consigo valores e convicções pessoais introjetadas no decorrer de toda a sua vida<sup>973</sup>. A própria formação de valores e convicções

---

<sup>972</sup> HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUSMANN, A. (Org.). *Einführung in rechtsphilosophie und rechtslehre der gegenwart*, 1994. Tradução de M. Keel e M. Oliveira, p. 293.

<sup>973</sup> Quanto a essa falta de neutralidade judicial, Sobral e Prieto tratam do caráter protodecisional da manifestação do juiz, definindo-a como “aquela parte da decisão que aparece já tomada mesmo antes do conhecimento dos dados concretos do caso a avaliar e que é de natureza ideológica, experiencial, subjectiva, axiológica” (SOBRAL, J.; PRIETO, A. *Psicología y Ley — un examen de las decisiones judiciales*. Madrid: Eudema, 1994, p. 102). Também assim, segundo Van Caenegem, sejam quais forem os méritos do Direito criado pelos juízes em geral, sua qualidade, em grande medida, dependerá da qualidade dos juízes. Ainda segundo ele, a apreciação do Direito produzido pelo julgador e pela revisão judicial das leis pode depender da personalidade e da formação dos juízes (VAN CAENEGEM, R. C. *Juízes, Legisladores e Profesores* (Coletânea Teoria e Filosofia do Direito). Ed. Campus Jurídico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 91. Também de acordo com essa vertente, cumpre transcrever o corajoso texto de Herkenhoff, “Juízes ou juristas neutros?”, no seguinte sentido: “todo jurista opta por valores, decide por um determinado tipo de sociedade à qual serve. A suposta neutralidade é hipócrita, não corresponde à verdade dos fatos. O juiz deve ser neutro à face das partes porque é o fiel da balança(...) Já quando se trata de optar por valores éticos e jurídicos, o juiz não é neutro. Todo juiz (ou jurista – seja um magistrado, um advogado, um membro do Ministério Público, um professor, um doutrinador) carrega no seu espírito um conjunto de ideias, ou seja, uma ideologia. Há escolhas a serem feitas. Os juízes devem ser honestos consigo mesmos reconhecendo que fazem escolhas e

persoais inconscientemente assumidas por aquele julgador, durante sua vida, influenciará sua margem de escolha para solucionar um determinado caso. Essa é, aliás, a visão precisamente defendida por Posner, no sentido de que o preenchimento das áreas abertas das normas jurídicas é feito pelas convicções políticas e pessoais do juiz<sup>974</sup>.

O adágio *in claris cessat interpretatio* perdeu, há tempos na história, sua aceitação como mecanismo de integração normativa<sup>975</sup>, tendo estado presente, de forma mais vigorosa, em remotos períodos de radical superdimensionamento da letra da lei<sup>976</sup>. Em um Estado Democrático de Direito, sua aceitação emperra a busca pela exigência constitucional de pacificação dos conflitos postos perante o Poder Judiciário, já que inibe o âmbito de laboração judicial que permeia a função do magistrado, que deverá dar à norma a interpretação o mais próxima possível da destinação de justiça social, para a qual foi previamente elaborada pelo legislador<sup>977</sup>. Assim é que todo entendimento envolve interpretação e toda interpretação requer cânones de interpretação<sup>978</sup>.

---

honestos perante o grupo social afirmando as escolhas que fizeram (...) Deve o jurista, comprometido com um projeto popular, tentar localizar, com olhos de ver, o ‘espaço em branco’ dentro do sistema de legalidade, um espaço que “possa juridicamente ser preenchido e que escape ao alçapão da ideológica legalidade que induz à não-mudança, ao imobilismo, à manutenção do *status quo...*” (HERKENHOFF, João Baptista. magistrado aposentado e pesquisador, Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/43329> . Acesso em: 25.02.2011).

<sup>974</sup> POSNER, Richard A. *Against Constitutional Theory*, 73 *New York University Law Review* 1, 1998, p. 12.

<sup>975</sup> Entretanto, em que pese o fato de ser óbvio que toda afirmação requer uma interpretação, isto precisa ser constantemente reafirmado, posto que é constantemente esquecido (MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós modernismo*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2 edição, São Paulo: Editora VMF Martins Fontes, 2012, p. 12).

<sup>976</sup> Eis a opinião de BRETONNE a respeito: “A utopia da ‘lei simples’ que não precisa de intérpretes, e que transforma todos os homens em juriconsultos – a utopia que de Thomas More a Jeremy Bentham atravessa todo o pensamento moderno – esteve mais longe da realidade no mundo antigo do que logo a seguir”. Trazendo exemplo de restrição explícita a qualquer tipo de trabalho interpretativo, o autor cita limitação imposta pelo Imperador Justiniano, no que se refere à interpretação do Digesto: “Que os juristas, doravante, não ousem dedicar-lhe comentários, não ousem alterar com a verbosidade o medido projecto do livro: tal como aconteceu em tempos passados, quando todo o direito correu o risco de ser subvertido pelos contrastes doutrinários. Basta que daquele livro se façam anuários e paráfrases só por meio de ‘índices’ e explicações dos títulos de maneira que a actividade interpretativa não provoque dano...” (BRETONNE, Mário. *História do Direito Romano*. Lisboa: Editorial Estampa, 1990, p. 286 - 297). Reportando-se historicamente a essas limitações interpretativas, ENGISCH informava que se chegou “ao exagero de estabelecer insustentáveis proibições de interpretar e comentar a lei, à exclusão de qualquer graduação da pena pelo juiz (sistema das ‘*peines fixes*’ no Código Penal de 1791) e outras coisas semelhantes”. (ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, 10. ed. p. 206).

<sup>977</sup> Para o sentido advertido no texto, mais um irretocável aprofundamento de Faria Costa: “A lei pouco adiantaria ou teria mesmo efeitos perversos sobre o tecido social se, sobre si mesma, se não exercesse aquilo que precisamente lhe é conatural e lhe dá sentido: a interpretação. Porque é só através da interpretação que se empresta à lei a certeza da recepção e aplicação de um conteúdo, plasmado em uma proposição de sentido tendencialmente unívoco, que a lei julga possuir e dominar independentemente de qualquer interpretação. Todas as pretensões em querer ver na *lex scripta* o absoluto jurídico-normativo, que vale por si e tem conteúdo e sentido em si, não passam de desvios interpretativos. Julgando-se imunes à interpretação,

Segundo Miguel Reale, o ato de subordinação ou subsunção do fato à norma “não é um ato reflexo e passivo, mas antes um ato de participação criativa do juiz”<sup>979</sup>. A aplicação do direito, assim, não se reduz a uma questão de lógica formal, mas envolve algo mais complexo que correlaciona fatores axiológicos e fáticos, “segundo exigências de uma unidade dialética, desenvolvida ao nível da experiência, à luz dos fatos e de sua prova”<sup>980</sup>. Quanto a essa dificuldade de avaliação e de confrontação entre o fato e a norma, a partir da generalização desta última –que acaba por afastar a norma de uma real compreensão da realidade –, Diniz assevera que essa abstração de normas, em virtude de seu processo generalizante, implica seu afastamento da realidade, surgindo uma oposição entre normas jurídicas e fatos<sup>981</sup>. Contudo, esta oposição não é um ato insanável, nem é tão radical como parece, por que os fatos individuais apresentam o geral determinado no conceito abstrato, ou seja, uma nota de tipicidade que permite que sejam enquadrados nos conceitos normativos<sup>982</sup>. Conforme assertiva de Castanheira Neves, a interpretação jurídica, “ainda no caso de direta referência a pressupostas e formais normas jurídicas, não será um interpretação simples dessas normas e que a elas se limite”<sup>983</sup>.

Sobre a finalidade a ser alcançada com a interpretação da lei, Larenz relata que se formaram, na literatura jusfilosófica e metodológica, na segunda metade do século XIX, duas teorias: a teoria subjetivista ou teoria da vontade que, nas palavras do autor, “considera escopo da interpretação a indagação da vontade histórico-psicológica do legislador”, e a teoria objetivista ou teoria da interpretação imanente à lei, que, também

---

não se está a fazer coisa diferente da consagração apodíctica de uma certa interpretação, mesmo que está inexplicavelmente se afirme como única e rejeite aquilo que foi previamente a sua razão de ser.” (COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 162).

<sup>978</sup> Nesse exato sentido: O'HAGAN, Timothy. *Gadamer, hermeneutics and the law*. ARSP, 76, 1990, p. 202. Indo mais além, Gaudemet: “Nenhum sistema jurídico - e por consequência nenhuma sociedade - escapou à interpretação. Esta é imprescindível desde que há uma regra de direito, logo desde que há sociedade.” (GAUDEMET, Jean. *L'interprétation des lois et des actes juridiques dans le monde antique*. RIDA, 1970, p. 236).

<sup>979</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 297-8.

<sup>980</sup> *Ibid.*, p. 100-101 e 297-298. É também como afirma Tércio Sampaio: “Como submeter o caso à regra? O processo de subsunção tem a ver com o problema da aplicação do direito. A aplicação não se confunde com a interpretação, embora a exija. Demonstrado, por via hermenêutica, o sentido da norma, é preciso demonstrar que o caso a ser decidido nele se enquadra” (FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 315).

<sup>981</sup> DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas do Direito*, São Paulo: Saraiva, 6ª ed. 2000, p. 269-70.

<sup>982</sup> *Ibid.*

<sup>983</sup> NEVES, Castanheira. *O atual problema metodológico da interpretação jurídica*. RLJ, 117, 1984, p. 42.

segundo afirma, tem, por escopo, “a exploração do sentido que é inerente à própria lei”<sup>984</sup>. Para acentuar a histórica e ainda presente controvérsia entre as duas teorias, Larenz aponta como partidários da primeira teoria Windscheid e Bierling e, em certo sentido, também Philipp Heck, sendo defensores da segunda vertente Kohler, Binding e Wach, bem como, posteriormente, Radbruch, Sauer e Binder. Segundo Larenz, “cada uma dessas teorias subjaz uma parte de verdade, por isso, nenhuma delas pode ser aceita sem limitações”<sup>985</sup>. Aliás, conforme nos alerta Faria Costa, “a tentação de querer resolver todos os problemas de interpretação que o direito levanta ou põe, através da própria regulamentação jurídica previamente determinada, tem sido uma constante”<sup>986</sup>.

Mesmo quando o sentido da norma é aparentemente claro, não pode haver a certeza de que o mesmo reflete a intenção do legislador, quando de sua elaboração, ou que seja aquela a verdadeira teleologia da norma. Muitas vezes, “o intérprete é deixado em campo aberto, sem qualquer sinalética legislativo-interpretativa”<sup>987</sup>. Aponta-se como tarefa impossível imaginar como os legisladores decidiriam um problema surgido em nossos dias, se soubessem o que sabemos, já que “as pessoas são o que são, têm os valores que têm, e assim por diante, não só por uma questão de temperamento, mas também devido aos conhecimentos que adquiriram através da experiência e do estudo: são historicamente situadas”<sup>988</sup>. Nesse sentido, segundo English, as leis são, em todos os domínios jurídicos,

---

<sup>984</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, 3. ed. p. 445-446.

<sup>985</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, 3. ed. p. 445-446. No direito norte-americano, a teoria da vontade foi assimilada como a técnica de interpretação conhecida como *original intention* ou *original intent*, através da qual deve-se descobrir qual a intenção original dos constituintes de 1787 (os *founding fathers*) ao redigir determinada regra constitucional.

<sup>986</sup> COSTA, José de Faria. O perigo em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 153.

<sup>987</sup> Afirmação feita por Faria Costa a propósito da falta de indicação de sentido normativo quanto à expressão “acto sexual de relevo”, advinda com a reforma penal portuguesa de 1995 (COSTA, José de Faria. Prelúdio e variações sobre o direito penal. In: *Livro de Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld (Direito Penal - fundamentos dogmáticos e político-criminais)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 136).

<sup>988</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*, Trad. Jefferson Luiz Camargo. , São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 370. Como fica claro em outra de suas obras, Posner não deu relevância à busca pela intenção dos autores legislativos, quando da interpretação judicial, afirmando que o Judiciário tem que ter sua própria consciência legislativa, devendo o juiz, diante de casos novos, atuar como verdadeiro legislador (POSNER, Richard A. *Para além do direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva, São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp.140-141). A jurisprudência das cortes inglesas, há tempos, também critica a correção da busca pela intenção do legislador. Assim, nesse sentido, duas manifestações: “Na interpretação de uma lei, creio que a pior pessoa que pode interpretá-la é a pessoa responsável pela sua redação” (Palavras de Lord Halsburg, em 1902, citadas por: LUCKNETT, T. F. T. *A Concise History of the Common Law*, 5. ed. Londres, 1956, p. 335); “Intenção legislativa não existe...Um legislador não tem intenção nenhuma no que se refere a palavras que outros dois ou três redigiram, que um número considerável rejeitou e...a maioria pode ter ideias e crenças diferentes” (HAMPSTEAD, Lord Lloyd of. *Introduction to jurisprudence*. 3. Ed.. Londres, 1972, p. 871). Também no mesmo sentido, mais recentemente: “O legislador é um monstro de muitas

elaboradas de tal forma, que os juízes não descobrem e fundamentam as suas decisões tão somente através da subsunção a conceitos jurídicos físicos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e agir de um modo semelhante ao do legislador<sup>989</sup>.

Não obstante, para essas ou outras percepções, uma frase que parece prescindir de interpretação já é produto de interpretação<sup>990</sup>. O princípio *in claris cessat interpretatio* não encontra ressonância no direito contemporâneo, já que sempre haverá contrastes no significado, amplitude e profundidade das palavras e expressões existentes no núcleo da norma. O aludido brocardo falece, na verdade, de três deficiências. A primeira é de ordem lógica, já que não há como saber se a lei é clara, sem que ela seja previamente entendida. Segundo Falcão, “no exato momento em que alguém entende uma lei e, ao lado disso, chega inclusive a ajuizá-la de estar encerrando clareza, é porque já lhe captou o sentido. Interpretou-a, pois”<sup>991</sup>. O segundo defeito consiste na própria relatividade do conceito de clareza. O que é claro para um determinado sujeito poderá não o ser para outro, e a clareza poderá depender também das circunstâncias de tempo e de lugar em que a norma está inserida. A terceira deficiência diz respeito ao conservadorismo que sustenta o conteúdo do brocardo. A validade do mesmo parte da premissa de que o mundo e os homens são imutáveis. De novo, segundo Falcão, “aquilo que, agora, pode ser claro perante as circunstâncias atuais do intérprete ou os reclamos sociais do momento, talvez não mais o seja após algumas voltas no moinho da evolução infinita”<sup>992</sup>.

A análise conceitual e linguística das palavras e expressões sempre variará, também, no tempo e no espaço, sendo a aparente clareza denotada em uma determinada época e região não necessariamente condizente com a suposta clareza identificada em um contexto futuro e diverso. Nesse sentido, “uma palavra não é um cristal transparente e imutável, mas é a pele de um pensamento vivo e pode variar intensamente em cor e

---

cabeças e é difícil descobrir as reais intenções das centenas de parlamentares que votaram a favor de um lei” (VAN CAENEGEM, R. C. *Juízes, Legisladores e Professores*. (Coletânea Teoria e Filosofia do Direito) Rio de Janeiro: Ed. Campus Jurídico, Elsevier, 2010, p. 13).

<sup>989</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, 10. ed. p. 207.

<sup>990</sup> FISH, Stanley. *Is There a Text in This Class. The Authority of Interpretive Communities*, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts London, England, 1989, p. 284.

<sup>991</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros Editora, 1997, p. 262.

<sup>992</sup> O autor conclui que o brocardo, por tais motivos, deve ser “expurgado dos parâmetros hermenêuticos” (FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*, São Paulo: Malheiros Editora, 1997, p. 262).

conteúdo de acordo com as circunstâncias e o tempo em que são usadas”<sup>993</sup>. O significado das palavras é, pois, sempre uma questão de contexto<sup>994</sup>. A própria dinâmica social de uma determinada comunidade pode produzir novos conceitos e significações diante de normas antes tidas como claras e de acepções aceitas pacificamente<sup>995</sup>. Referindo-se especificamente ao texto constitucional, Harbele adverte que, em sua sociedade pluralista, a Constituição perderia sua força regulatória, se fosse percebida como texto acabado ou definitivo, devendo se apresentar como “projeto” (“*Entwurf*”) em contínuo desenvolvimento<sup>996</sup>.

Mesmo havendo identidade de circunstâncias de tempo e lugar, o que soa claro e preciso para um determinado aplicador da lei pode não encontrar o mesmo enquadramento na visão de outro. Para se atingir a finalidade e se descobrir o campo de incidência normativo, sempre haverá dois ou mais caminhos interpretativos a serem percorridos<sup>997</sup>. Segundo Heidegger, qualquer fenômeno social é capaz de interpretações diferentes e multifacetadas<sup>998</sup>, sendo, do mesmo modo, da própria natureza das normas

---

<sup>993</sup> HOLMES JR. Oliver Wendell. *The Essential Holmes*. Chicago: Chicago University Press, 1992, p. 287.

<sup>994</sup> FISH, Stanley. *Is There a Text in This Class?, The Authority of Interpretive Communities*, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts London, England, 1989, p. 284.

<sup>995</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 18.

<sup>996</sup> HARBELE, Peter. *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken*, em tradução livre: Teoria Constitucional Democrática à Luz do Pensamento Jurídico, In: *Die Verfassung des Pluralismus, Königstein/TS*, 1980, p.4.

<sup>997</sup> Nesse sentido, Carvalho destaca: “A norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos do direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior captado pelos sentidos (...) A norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito. Basta isso para nos advertir que um único texto pode originar significações diferentes, consoante as diversas noções que o cognoscente tenha dos termos empregados pelo legislador” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.8). Destaque-se também a seguinte lição: “Importantíssimo observar que a problemática que gira em torno dos conceitos vagos é, originariamente, sem sombra de dúvida, de natureza linguística. Tem-se, pois, a conclusão inexorável, sob este ângulo de análise, que certo conceito indeterminado de fato comporte ou possa comportar mais de uma interpretação, todas razoavelmente defensáveis”. (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário, e Ação Rescisória*. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 153). Engisch, nessa mesma linha de pensamento, revela o desafio de se lidar com a irresolução própria dos métodos e conceitos interpretativos: “...muitas coisas com que deparamos são de molde a irritar-nos, a afligir-nos mesmo: tal a insegurança ao realizar a subsunção, a ambivalência com que a interpretação de debate em todas as fases, a diversidade dos métodos de interpretação e a pendência sobre o escopo fundamental da mesma, e finalmente ainda a pluralidade de sentidos dos conceitos de interpretação...” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, 10ª.ed. p. 205).

<sup>998</sup> O autor ilustra seu entendimento com a seguinte reflexão: “Teremos, em nossa própria época, uma resposta à pergunta sobre o que realmente queremos dizer com a palavra “ser”? De modo algum” (HEIDEGGER, Martin. *Being and Time*, Trad. ingl. J. Macqurie e E. Robson. Nova York: Harper and Row, 1962, p. 1).

gerais e abstratas a falta de clareza e um certo grau de ambiguidade, vagueza e indeterminação. Nesse sentido, como afirmou Hart, nenhuma norma é capaz de ser completa o suficiente a ponto de não precisar de ulterior interpretação<sup>999</sup>. Mais e mais, a questão das divergências interpretativas a respeito de textos jurídicos, relacionada à percepção e abordagem de sua plurivocidade, torna-se ainda mais problemática com a complexidade da sociedade moderna. Nesta, a multiplicidade de valores e interesses possibilita uma variedade estrutural de expectativas sobre os textos jurídicos<sup>1000</sup>.

Desse modo, o juiz não age como insensível e frio aplicador autômato das regras jurídicas, mas como órgão viabilizador de seu aperfeiçoamento, “apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade”<sup>1001</sup>. A adaptabilidade da norma vigente, pelos juízes, de acordo com as circunstâncias mutáveis da vida, corrige as imprecisões da generalidade da norma. Assim é que Maximiliano assevera que a jurisprudência faz com que “até mesmo a norma defeituosa possa atingir os seus fins, desde que seja inteligentemente aplicada”<sup>1002</sup>. A necessidade de utilizar a interpretação de um texto faz-se presente em todas as relações humanas e em todas as matérias que envolvem a análise do processo linguístico da escrita, sendo evidente que não é característica exclusivamente ínsita ao direito a busca pela descoberta do conteúdo do texto, bem como do sentido e alcance das expressões utilizadas no mesmo. O nosso próprio “entendimento de mundo é mediado, talvez constituído, pela linguagem”<sup>1003</sup>.

Esse ponto de dificuldade interpretativo encontrado na linguagem cotidiana perfaz-se, com maior noda, nos conceitos jurídicos, que detêm a especificidade de se reportarem a significações, e não apenas a um objeto ou a um sujeito determinadamente, sendo, das ciências que regulam a conduta humana, a de amplitude mais complexa<sup>1004</sup>.

---

<sup>999</sup> HART, Herbert. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

<sup>1000</sup> NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 205.

<sup>1001</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1965, p. 71.

<sup>1002</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1965, p. 71.

<sup>1003</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 332.

<sup>1004</sup> É lugar-comum a assertiva de que a linguagem jurídica, enquanto um tipo de linguagem ordinária ou natural especializada, é ambígua e vaga, o que dá ensejo a interpretações divergentes. Nesse sentido: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, editora Martins Fontes, São Paulo, 2006, 7ª Edição, p. 348; ROSS, Alf. *Directives and Norms*. Londres: Routledge & Kegan/NovaYork Humanities Press, 1968, p. 116; NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 204. Especificamente sobre ambiguidade



Assim, segundo refere Faria Costa, a norma, o direito e os princípios jurídicos “são sempre entidades não definidos em termos de uma axiomática conclusa e relativamente às quais o 'utilizador-intérprete' tem de cautelosamente escolher a conotação ou conotações mais consentâneas”<sup>1005</sup>.

Transportando a discussão do tema exclusivamente para o mundo jurídico (constitucional ou não constitucional), cumpre escrever que há espécies de normas cuja vaguidade, ambiguidade e imprecisão tornam a solução interpretativa, ainda mais, desafiadora por parte do aplicador da lei. Assim é que a falta de clareza torna-se, ainda mais, rigorosa, quando se está diante de normas cujas palavras e expressões possuem contornos vagos ou indeterminados<sup>1006</sup>. As normas de conceito jurídico indeterminado são aquelas cujo “conceito e extensão são em larga medida incertos”<sup>1007</sup>, ou, em outra definição, são normas que não possuem “um conceito imediatamente perceptível pelo simples enunciar das palavras”,<sup>1008</sup> estando suas disposições normativas edificadas com uma linguagem aberta e imprecisa<sup>1009</sup>.

O grande lastro de indeterminação dessas diretrizes normativas abstratas exige a apreciação das circunstâncias fáticas do caso concreto, além de uma análise

---

e vagueza da linguagem jurídica: CARRIO, Genaro R. Notas sobre deteção y lenguaje. 1 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973, p. 26-33; WARAT, Luis Alberto. Mitos e teorias na interpretação da lei. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 96-100; WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 76-79.

<sup>1005</sup> COSTA, José de Faria. O perigo em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 162.

<sup>1006</sup> Trazendo definição para tais espécies de normas, Wambier assim se expressa: “Os conceitos são vagos ou indeterminados quando não permitem comunicações absolutas claras quanto ao seu conteúdo, por polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento”. A mesma autora, valendo-se dos ensinamentos de Antônio Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro (*In: Da boa fé no Direito Civil*.(Coleção Teses) Coimbra: Almedina, § 46, item 110, p. 1177), diseca cada um dos termos acima, *in literis*: “A *polissemia* significa ter o termo diversos sentidos; *vaguidade* tem o termo, quando permite informação larga e compreensão escassa; a *ambiguidade* ocorre quando “possa reportar-se a mais de um dos elementos integrados na proposição onde o conceito se insira”; *porosidade* há quando o termo “permite a entrada de elementos significantes de outras áreas e esvaziamento, quando falte, ao termo, qualquer sentido útil.” (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário, e Ação Rescisória*. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 152).

<sup>1007</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbbenkian, 2008, p. 208. O jurista diseca as normas que permitem uma certa autonomia para o aplicador da lei, além das de conceito jurídico indeterminado, em outras três espécies: as de conceitos normativos, as de conceitos discricionários e as cláusulas gerais. A primeiras seriam aquelas que carecem de um “preenchimento valorativo”; as segundas, caracterizadas pela relevância do elemento pessoal e as terceiras aquelas que, em suas formulações genéricas, abrangem um expressivo número de casos determináveis (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbbenkian, 2008, p. 208, 213, 239 e 242).

<sup>1008</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições – Uma figura sui generis*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 37.

<sup>1009</sup> O caráter indeterminado das regras jurídicas (*indeterminacy thesis*) está estreitamente relacionado à existência de termos vagos nas regras a serem aplicadas. (LLEWELLYN, Karl N. *The Bramble Bush, On Our Law and Its Study*. New York: Oceana Publications, 1987, p. 59).

valorativa de cada evento ocorrido por parte do aplicador da lei. O método tradicional de subsunção - através do qual se aplica a maioria das decisões jurídicas – bem como o mero recurso aos tradicionais cânones de interpretação – os quais “não podem eliminar essas incertezas, mas diminuí-las”<sup>1010</sup> - restam insuficientes nesses casos em que recai uma zona cinzenta sobre a linguagem<sup>1011</sup>. Referida exigência advém, ainda, do fato de que a lei – e, em um grau mais severo, as leis que possuam, em seu núcleo, normas com conceito jurídico indeterminado -, desenhada necessariamente, com contornos de generalidade e abstração, precisa ter suas diretivas concatenadas aos fatos concretos, para que perca seu perfil próprio de imprecisão e inexatidão<sup>1012</sup>.

Mais e mais, em muitas hipóteses, tem, o juiz, a necessidade de recorrer a elementos empíricos<sup>1013</sup>, às vezes localizados em ciências não jurídicas, para, ao examiná-los, conseguir fugir da indeterminação de certas normas. Apesar de, na doutrina, ser este um tema de escassa pesquisa e informação, ante a dificuldade de se delimitar a oportunidade, a extensão e as condições em que os elementos não jurídicos de um processo podem ser utilizados e servir de base para a fundamentação decisional, a Suprema Corte norte-americana tem, rotineiramente, apelado para aspectos produzidos por ciências não jurídicas como forma de dar embasamento às suas decisões.

No famoso julgamento *Brown v. Board of Education*<sup>1014</sup>, o Juiz Warren pronunciou-se sobre um elemento psicológico (sentimento de inferioridade) que acometia as crianças submetidas ao regime segregacional, dado este decisivo para o deslinde meritório do caso. Segundo o magistrado, separá-los de outros de idade e qualificações

---

<sup>1010</sup> HART, L.A. *O conceito de Direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 138.

<sup>1011</sup> Nesses termos, com invariável precisão, Faria Costa: “O intérprete aplicador do direito busca o sentido na pré-compreensão que o caso lhe sugere e mediatiza-o pela norma que não é só o texto gramatical mas antes unidade que cristaliza valores e que fenomenologicamente se expõe como um dos modos-de-ser do direito. Mas com o que se acaba de afirmar não ficam de modo algum afastadas as dúvidas, as hesitações teóricas e, muito menos, ficou desenhado o recorte rigoroso da pré-compreensão.” (COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 148).

<sup>1012</sup> Essa ideia é claramente identificada no método concretista proposto por de Konrad Hesse, para quem o significado da norma jurídica somente pode ser identificado se tanto a norma quanto a realidade “forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, no seu condicionamento recíproco”. (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, pág. 15).

<sup>1013</sup> Segundo Mendes, “há muito vem parte da dogmática apontando para a inevitabilidade da apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e de aplicação da lei como elemento trivial a própria metodologia jurídica” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Celso Bastos Editor. 1998, p. 465).

<sup>1014</sup> Segundo se diz, “*certainly the most important and far-reaching civil rights decision issued by the Supreme Court in modern time*” (VOLKOMER, Walter E. *Introduction to Law – a Casebook*. New Jersey: Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1994, p. 110).

similares só em virtude da raça gera um sentimento de inferioridade de seu *status* na comunidade o qual deve afetar seus corações e mentes de um modo que provavelmente não pode ser desfeito<sup>1015</sup>. No caso *Roe versus Wade*<sup>1016</sup>, a Suprema Corte norte-americana deixou assentado, valendo-se de dados empíricos extraídos da Medicina, que o estatuto criminal do aborto no Estado do Texas, ao excluir a antijuridicidade do fato apenas quando o procedimento deva ser feito para salvar a vida da mãe<sup>1017</sup>, desconsidera a etapa da gravidez e não reconhece os outros interesses envolvidos, violando a cláusula do devido processo prevista na 14ª Emenda Constitucional norte-americana<sup>1018</sup>.

Um sistema jurídico impregnado de dispositivos legais de previsão casuística emperra a atividade do magistrado, a ponto de fazê-lo descumprir a busca pela realização da justiça do caso concreto, já que desconhece uma mínima margem de equalização da norma genérica com as circunstâncias fáticas da hipótese posta em julgamento. E referida busca, segundo Faria Costa, constitui a finalidade para a qual serve toda a dogmática penal e seus “conjuntos de dogmas, de cânones interpretativos, de sequências lógicas e seus pressupostos, de compreensões jurídicas fundamentais que iluminam o seu próprio discorrer, de superação, de aporias ou de contradições”<sup>1019</sup>.

---

<sup>1015</sup> No original: “*To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone... Whatever may have been the extent of psychological knowledge at the time of Plessy v. Ferguson, this finding is amply supported by modern authority*” (Brown v. Board of Education, 347, U.S. 483, 1954, Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Disponível em <http://www.nationalcenter.org/brown.html>. Acesso em 19/mar/2012, às 14:00 h). A referência ao julgamento *Plessy vs. Ferguson* justifica-se por ter sido esta a decisão legitimadora do regime de segregação adotado em alguns Estados americanos, o qual aplicou a tese jurídica “*separate but equals*” (separados, mas iguais), emanada em 1896.

<sup>1016</sup> Segundo Dworkin, “sem dúvida, o mais famoso de todos os que já foram decididos pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos” (DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 143).

<sup>1017</sup> Hipótese essa também prevista art. 128, I, do Código Penal Brasileiro.

<sup>1018</sup> Em um complexo esforço hermenêutico, plasmando conceitos jurídicos e não jurídicos, estabeleceu-se que a decisão de abortar devesse ser deixada ao livre discernimento da mulher grávida até o primeiro trimestre de gravidez. A partir daí, o Estado poderia intervir quanto à escolha do procedimento para preservar a saúde da mãe. Ainda, segundo a decisão, após a viabilidade do feto, o Estado pode, em razão de seu interesse em proteger a potencialidade da vida humana, se assim achar conveniente, regular e mesmo proscrever o aborto, salvo no caso de ser o procedimento necessário, segundo um julgamento médico apropriado, para a preservação da vida ou da saúde da mãe. (Roe v. Wade, no. 70-18, 314, F.Supp., 1217, Suprema Corte dos Estados Unidos, Disponível em: [http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0410\\_0113\\_ZO.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0113_ZO.html), Acesso em 19 de mar. de 2012, às 16:00 h).

<sup>1019</sup> COSTA, José de Faria. O princípio da igualdade, o direito penal e a Constituição, In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, n. 100 .jan/fev.2013, p. 237 .

A previsão de conceito jurídico indeterminado evita a construção de um sistema jurídico fechado e desigual<sup>1020</sup> – no sentido de que, ao tratar com o mesmo comando normativo genérico situações de fato concretamente desiguais, o juiz estaria equivocando-se, necessariamente, na apreciação de uma das realidades, já que trataria igualmente situações desiguais<sup>1021</sup> – ao mesmo tempo em que concede ao aplicador da lei um espaço de mobilidade no sistema que o permite levar em consideração, quando da concretização da norma, a diversidade e a contingência de cada situação fática analisada. Segundo mais uma vez nos completa Faria Costa, “pressupõe-se o empenhamento crítico que reflete o sentido de que o direito não pode aspirar a ser um ordenamento tão conclusivo, tão fechado, que prescindia de qualquer abertura”<sup>1022</sup>.

A imprecisão normativa, de que ora se trata, existe exatamente para harmonizar a norma com a realidade impermanente que caracteriza as relações sociais<sup>1023</sup>, permitindo que o aplicador da lei, ao exercer seu juízo integrador e interpretativo, torne a norma sempre atual e em correspondência com o momento da história em que está sendo

---

<sup>1020</sup> Anote-se, por oportuno, a fim de se defender o otimismo com que se enxerga a previsão de tais conceitos jurídicos indeterminados, os seguintes entendimentos: “Nem sempre se deve considerar a indeterminação dos conceitos como uma imperfeição ou vício da linguagem cotidiana, senão como uma de suas propriedades que permite cumprir a função de expressar e valorar condutas, relações e objetos materiais” (HELENA COSTA, Regina. *Conceitos Jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*, *Revista de Direito Público*, v. 23, n. 95, Julho-Setembro, 1990, São Paulo, p. 127); “A *vaguedad* ou a indeterminação de um conceito costuma erradamente ser apontada como uma imperfeição das línguas. Entretanto, às vezes se atinge maior perfeição e requinte com conceitos vagos do que com conceitos precisos. Orman Quine faz expressiva analogia com o pintor que, diluindo suas cores, é mais preciso que o autor de mosaicos feitos de pedras preciosas” (SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976, p. 68). A indeterminação dos conceitos não é, pois, um defeito da linguagem, mas uma *característica* que também tem funções positivas (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 153).

<sup>1021</sup> O clássico princípio da igualdade não teria conteúdo sustentável, se desconhecesse o grau de desigualdade que deve existir no tratamento dos diferentes sujeitos das relações sociais. Nesse sentido, Kelsen afirmava que “a igualdade dos indivíduos sujeitos a ordem pública, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devem ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, são de espírito e doentes mentais, homens e mulheres.” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, , 2006., p. 158).

<sup>1022</sup> COSTA, José de Faria. O perigo em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 160.

<sup>1023</sup> Nesse sentido, “A interpretação dos conceitos vagos vem adquirindo cada vez mais importância no mundo contemporâneo porque o uso destes conceitos consiste numa técnica legislativa marcadamente afeiçoada à realidade em que hoje vivemos, que se caracteriza justamente pela sua instabilidade, pela imensa velocidade com que acontecem os fatos, com que se transmitem informações, se alteram ‘verdades’ sociais” (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 152).

aplicada<sup>1024</sup>. O sentido objetivo da linguagem, aliás, é construído em cada contexto específico de uso<sup>1025</sup>. É nesse sentido a célebre afirmativa de Wittgenstein no sentido de que “a significação da palavra é seu uso na linguagem”<sup>1026</sup>. Por tais motivos, os sistemas jurídicos contemporâneos visivelmente reconhecem a necessidade de utilização de normas com conceito jurídico indeterminado, já que nítida é a incapacidade legislativa de acompanhar a dinâmica e a alta mutabilidade da realidade jurídica e social, bem como a diversidade de situações em que se inserem os sujeitos de direito<sup>1027</sup>. O legislador moderno, assim, convencido de que não dispõe de meios para regular as inúmeras situações da realidade à medida da velocidade da evolução social, legitima o magistrado, ao conceder-lhe, para seu juízo valorativo e implemento de sua atividade judicial integradora, normas de conotação aberta, flexível e indeterminada<sup>1028</sup>.

Essa disponibilidade de função indefinida atribuída pelo legislador ao juiz, através das normas de conteúdo indeterminado<sup>1029</sup>, entretanto, amplia a latitude de poder do juiz, ilimitando o seu espaço de subjetividade para a definição dos litígios e criando o cenário para a aceitação de um amplo juízo de discricionariedade por parte do

---

<sup>1024</sup> Não se fugindo, aqui, para tal afirmação, da advertência de Faria Costa no sentido de que qualquer definição legal mais não é do que um sinal de império do legislador para o intérprete e uma “chave de leitura imposta ao livre exercício, dogmaticamente limitado, de uma interpretação consequente e equilibrada” (COSTA, José de Faria. Prelúdio e variações sobre o direito penal. In: *Livro de Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld (Direito Penal - fundamentos dogmáticos e político-criminais)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 135).

<sup>1025</sup> NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 206.

<sup>1026</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. Tratado Lógico-Filosófico – Investigações Filosóficas, Editora: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, 4.ª Edição, p. 311.

<sup>1027</sup> Valendo-se, aqui, do alerta de Faria Costa no sentido de que, em regra, o legislador não deve deixar “o intérprete entregue a si próprio”. (COSTA, José de Faria. “Prelúdio e variações sobre o direito penal”. In: *Livro de Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld (Direito Penal - fundamentos dogmáticos e político-criminais)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 137).

<sup>1028</sup> Na própria formação do sistema, os conceitos gerais e abstratos são insuficientes para apreender os fatos da vida (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Calouste Gulbenkian, 2005, p. 656). Segundo Posner, os juízes têm a vantagem de possuir um conjunto de experiências que os legisladores não poderiam ter levado em consideração, quando da confecção da norma, “tendo em conta as limitações da capacidade de presciência humana” (POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 369).

<sup>1029</sup> Tratando dessa intencional formulação legislativa, de um certo modo até impositiva para os juízes, Merryman e Perez-Perdomo trazem a seguinte lição: “it is true that the legislature has acted and that its action is expressed as a substantive rule of law, but the terms are so broad (‘good faith’, which is not defined in the code, has an almost unlimited area of potential application) that the judge is hardly constrained by the legislative formulation. What that statute means depends on what judges do with it in concrete cases. What they do with it in concrete cases becomes the law in fact, although not in theory” (MERRYMAN, John Henry; REREZ-PERDOMO, Rogelio Perez-Perdomo. *The civil law tradition, an Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin American*. Standford: Standfor University, 2007, p. 47).

magistrado<sup>1030</sup>. Essa advertência, a qual constitui, em paralelo, a preocupação que será exposta no próximo tópico, socorre-se do perfeitamente delineado contexto descrito por Faria Costa: “Ao tentar sair da subjetividade, sem, evidentemente, dele nunca poder sair totalmente, como sabemos, e ao formular um juízo de referências múltiplas, em que os cânones hermenêuticos de interpretação jurídica são pedras fundamentais para chegarmos à decisão juridicamente justa que é sempre modificadora da realidade social, o julgador produz algo de irrepetível porque assumido, logo querido em inteira liberdade de espírito. O discurso do quotidiano, porque arranca da subjetividade, permite que teoreticamente se construa uma infinidade de variações, permite que seja flutuante”<sup>1031</sup>.

## **9.2 – A limitação da discricionariedade judicial como pressuposto teórico para uma teoria dos precedentes**

Em paralelo ao delineamento das diretrizes a serem seguidas para uma adequada e recíproca cooperação jurídica entre autoridades jurisdicionais de países diversos, cumpre esclarecer, por se perfazer como ponto sinuoso, o grau de comprometimento ou de liberdade que o magistrado (cooperante ou cooperado) detém diante de normas jurídicas carregadas de conceitos jurídicos indeterminados. Esse dilema espria-se exatamente na ocasião da postulação de provimentos judiciais embasados em normas detentoras de conteúdos vagos e imprecisos. Aliás, segundo Faria Costa, é da própria linguagem técnica ou dogmática do direito penal identificar-se com tipos abertos e definir “os tipos legais de crime através da técnica dos exemplos padrão ou, no limite,

---

<sup>1030</sup> Segundo Merryman, em estudo de direito comparado acerca da tradição da *Civil Law*, as normas de conteúdo aberto dão ao juiz “grande porção de poder equitativo indefinido”, deixando-o quase que sem responsabilidade diante da formulação legislativa e distante do modelo de juiz concebido pela tradição do *civil law* (MERRYMAN, John Henry. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 53). É por isso que, quanto a esse aspecto, fala-se em um, cada vez mais crescente, poder dos juizes, cuja atribuição criativa é proporcional à imprecisão das normas (DELMAS-MARTY, Mireille. *Comparative Criminal Law as a Necessary Tool for the Application of International Criminal Law, The Oxford C. to ICJ*, Ed. A. Cassese, Oxford University Press, New York: 2009, p. 102).

<sup>1031</sup> COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 160.

como normas penais em branco”, no que o próprio autor assevera que se qualifica como “*open textures*”<sup>1032</sup>.

A busca por respostas a esse enfrentamento normativo passa pelo estudo da existência, do alcance e dos limites da chamada discricionariedade judicial ou, como mais agradaria aos administrativistas, do poder discricionário do juiz. Essa investigação faz-se relevante, na medida em que se percebe que a temática envolve os limites de ingerência de um poder sobre o outro, já que se separa apenas tenuamente, por uma abordagem, o exercício de um ato complementar que preserve o controle e o equilíbrio entre os poderes – a discricionariedade – e, por outra, uma deliberação que interfira ilegitimamente no sistema de freios e contrapesos<sup>1033</sup> – a arbitrariedade<sup>1034</sup> – .

Diga-se, já neste início de tópico, que a própria existência da discricionariedade judicial é contestada por muitos estudiosos. Essa dicotomia de pensamento torna-se latente, quando se traz, como exemplaridade, em balizas argumentativas bem opostas, a Teoria Positiva de H.L.A. Hart e a Teoria Construtivista de Direitos de Ronald Dworkin. O primeiro busca ordenar uma teoria puramente descritiva da lei, apontando-a como fundamento para a busca da segurança jurídica e aduzindo que o direito posto deve dar guarida à resolução de todos os entraves jurídicos. Se não houver solução, alerta, o juiz pode discricionariamente elaborar o direito a ser imposto à

---

<sup>1032</sup> COSTA, José de Faria. O Direito Penal, a Linguagem e o Mundo Globalizado, Babel ou Esperanto Universal? in D'ÁVILLA, Fábio Roberto. Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências, 8 e 9 de jun. 2009, EdIPUCRS, Porto Alegre, 2011, p. 17.

<sup>1033</sup> Assim, segundo a clássica formulação de Lock, “para que a lei seja imparcialmente aplicada é necessário que não sejam os mesmos homens que a fazem, a aplicá-la” (PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional* – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p.71). Sistematizando a teoria, Montesquieu: “Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. São Paulo : Saraiva, 2000, p.167-168).

<sup>1034</sup> A sutileza diferencial entre os institutos da discricionariedade e da arbitrariedade foi abordada no pensamento de Cappelletti, ao tratar dos limites da liberdade judicial, tendo o autor dito que “o reconhecimento de que é instrínseco em todo ato de interpretação certo ato de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha –, não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 23 - 24).

situação<sup>1035</sup>. Essa possibilidade criadora é severamente criticada pela teoria de Ronald Dworkin<sup>1036</sup>, já que este defende a construção do direito a partir do conteúdo e do alcance de normas não positivadas. O pós-positivismo dworkiano aponta que o erro de concepção do juiz positivista deve-se, sobretudo, à crença em um modelo baseado somente em regras, e não em regras e princípios. Hart teria errado em sua análise, por desconsiderar os princípios e o fato de que os juízes sempre aplicam um direito preexistente<sup>1037</sup>. Nesse sentido, Dworkin nega a existência de uma discricionariedade em sentido forte, a qual diz respeito à decisão que não é meramente mecânica e que exige a capacidade de julgar<sup>1038</sup>.

A partir da percepção da existência e da latitude dos princípios, seus contornos devem ser utilizados exatamente para alcançar o direito a ser aplicado ao caso controvertido, sem possibilidade de criação de lei por parte do magistrado, tendo este, sempre, apenas uma única resposta para a questão. A tese da “única resposta certa” desenvolve uma resistência fundamental à tese da discricionariedade judicial, baseando a legitimidade dos provimentos estatais na observância da integridade do Direito<sup>1039</sup>. Segundo aponta Dworkin, haveria uma integridade do sistema jurídico a ponto de a solução ser deduzida do próprio direito, existindo, portanto, uma resposta retirada internamente do ordenamento, mesmo que o magistrado tenha de se valer de princípios supralegais dentro desse<sup>1040</sup>. Em conotação oposta, Hart denuncia a viabilidade judicial de utilização de regras extrajurídicas em caso de incompletude normativa, permitindo ao magistrado decidir com embasamento que não fora previamente definido pelo direito, estando, portanto, fora dele<sup>1041</sup>. Nesse ponto, Dworkin critica a noção de lei desenhada por Hart, por entendê-la inconsistente para abranger toda a complexidade do sistema legal. Aponta, assim, para atender à necessidade de delimitação e integridade do sistema, a exigência de utilização de princípios morais legalmente vinculantes<sup>1042</sup>. Reconhecer-se-ia, em sua visão, uma plenitude lógica do sistema normativo, o qual seria, segundo diz,

---

<sup>1035</sup> HART, Herbert L. A., *O conceito de direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 240-241, 257, 269.

<sup>1036</sup> Dworkin, aliás, engendra a maioria de suas construções teóricas relacionadas ao tema através de ponderações direcionadas ao raciocínio de Hart (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 46).

<sup>1037</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23.

<sup>1038</sup> *Ibid.*, p.52-53

<sup>1039</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes (Coleção Direito e Justiça ), 2001.

<sup>1040</sup> *Ibid.*

<sup>1041</sup> HART, Herbert L. A. *Op. Cit.*, p. 250, 254.

<sup>1042</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23.



autossuficiente, completo e sem possibilidade de ocorrência de lacunas<sup>1043</sup>. O principal cuidado que se nota na teoria de Dworkin – e o que difere a mesma, de forma diametral, do posicionamento de Hart – é no sentido de evitar a criação pelo magistrado do elemento normativo inédito. Essa permissão resultaria na existência de leis novas criadas após a ocorrência dos fatos a serem regulados pela mesma, ofendendo, assim, direitos individuais pré-concebidos<sup>1044</sup>. Cumpre salientar, quanto a esse ponto específico da preocupação de Dworkin, que não há um enfrentamento doutrinário com Hart, já que, para este, em caso de lacuna legislativa<sup>1045</sup>, não haveria direitos e, em caso de criação pelo juiz, tão pouco se pode falar em desconsideração dos mesmos<sup>1046</sup>.

Cappelletti, entretanto, aduz que a tarefa do juiz é interpretar ou criar o direito e que o juiz, inevitavelmente, reúne uma e outra função, mesmo no caso – que constitui, quando muito, regra não sem muitas exceções – em que seja obrigado a aplicar uma lei preexistente. Assim, segundo ele, “mesmo sendo seguramente verdadeiro que os juízes, com frequência, são conduzidos a aplicar um direito preexistente, não é menos verdade constituir mistificadora ficção a teoria do caráter meramente declaratório das decisões jurisdicionais”<sup>1047</sup>. Dworkin, assim, aponta um modelo contrafático, sem

---

<sup>1043</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23.

<sup>1044</sup> Cumpre esclarecer que Dworkin não descarta a adoção de todos os tipos de discricionariedade judicial no ordenamento jurídico. Para uma diferenciação teórica, o mesmo diz que o magistrado pode escolher entre critérios passíveis de serem interpretados de forma distinta pelo *homo medius*, entretanto, a noção de que o magistrado estaria livre para decidir de uma forma ou de outra, diante a inexistência de regras que imponham um dever legal de decidir, não é assimilada pelo autor. A primeira situação, segundo aponta, seria o que chama de “discricionariedade fraca”, e a segunda seria a “discricionariedade forte”. O ponto nevrálgico da divergência com Hart se resume a essa última. (Ibid., p. 32, 129, 169 e 329).

<sup>1045</sup> A noção da possibilidade de complementação das regras gerais por parte do magistrado, para se chegar a uma resposta às controvérsias jurídicas, foi um tema enfrentado nos ensinamentos de Aristóteles: “Toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que não seja incorreta em relação a certos fatos particulares. Nestes casos, então, em que é necessário estabelecer regras gerais, mas não é possível fazê-lo completamente, a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora não ignore a possibilidade de falha decorrente dessa circunstância. E nem por isto a lei é menos correta, pois a falha não é da lei nem do legislador, e sim da natureza do caso particular, pois a natureza da conduta é essencialmente irregular. Quando a lei estabelece uma regra geral, e aparece na sua aplicação um caso não previsto por esta regra, então é correto, onde o legislador é omissor e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão.” (ARISTÓTELES. *Dos Argumentos Sofistas, Ética a Nicômaco*. Trad. De Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003 capítulo 14).

<sup>1046</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 276.

<sup>1047</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 128-130.

correspondência no mundo real, pois defende a existência objetiva de uma única resposta certa, mas não define os instrumentos para elaborá-la, nem para controlá-la<sup>1048</sup>.

A saída metafórica de Dworkin, que ilustra a figura do juiz Hércules, também não tem base factível, pois utopicamente impõe a um juiz humano o ônus de encontrar a única resposta correta para esses casos extremos, como se tivesse todo o tempo disponível para bem decidir e conhecesse todas as realidades fáticas e jurídicas do caso<sup>1049</sup>. Nessa senda, para Hart, sempre aparecerão hipóteses fáticas não regulamentadas juridicamente em que, especificamente quanto a certa circunstância, nenhum veredicto, em qualquer das acepções, é prescrito pelo ordenamento jurídico e, nessa congruência, o direito manifesta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Segundo o autor, se, em tais situações, o magistrado “tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em outros tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente”<sup>1050</sup>.

O legislador não pode enunciar, através do conteúdo genérico das leis, todos os atos necessários à regulação da vida em sociedade<sup>1051</sup>. Conforme preleciona Barbosa Moreira, “nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traços de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou

---

<sup>1048</sup> Em termos práticos, isso reforçaria inclusive o ativismo do juiz. (FIGUEROA, Alfonso García, *Princípios y positivismo jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 308).

<sup>1049</sup> PAULA, Daniel Giotti. *A função dos juízes: eles criam o direito ou simplesmente interpretam-no?* A jurisdição constitucional à luz da teoria da decisão judicial. Disponível em: [http://www.danielgiotti.com.br/wp-content/uploads/2013/01/Daniel-Giotti\\_A-fun%C3%A7ao-dos-ju%C3%Adzes.pdf](http://www.danielgiotti.com.br/wp-content/uploads/2013/01/Daniel-Giotti_A-fun%C3%A7ao-dos-ju%C3%Adzes.pdf). Acesso em 2 dez. 2014. É insustentável a concepção ilusória de que só há uma decisão correta para cada caso, conforme os critérios de um juiz hipotético racionalmente justo, proposto por Dworkin. Parece evidente a possibilidade de mais de uma decisão justificável à luz de princípios e regras constitucionais. (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 207). Também em crítica à concepção dworkiniana do processo de decisão judicial a partir do modelo Hércules, ver: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 272; AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable: a Treatise on Legal Justification*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987, p. 161; MICHELMAN, Frank I. *The Supreme Court: Traces of Self-Government*. In *Harvard Law Review* 100, 1986, p. 76.

<sup>1050</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 335.

<sup>1051</sup> Nesse sentido, segundo Bobbio, “é impossível que o Poder Legislativo emane todas as normas necessárias para regular a vida social: limita-se, então, a emanar normas genéricas” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 58).

aquele efeito no mundo jurídico”<sup>1052</sup>. A própria realidade das relações humanas é multiversa, no sentido de que os fatos humanos têm, por característica, exatamente a heterogeneidade e a multiplicidade. A impossibilidade de previsão das contingências humanas futuras – tendo em vista o modo abstrato e apriorístico em que a atividade legislativa é arquitetada<sup>1053</sup> - justifica a exigência de outros mecanismos capazes de satisfazer às mais diversas necessidades individuais e coletivas imanentes às relações humanas. Como cada acontecimento da vida humana varia de acordo com sua individualidade fática – alterando-se, inclusive, por circunstâncias de tempo e lugar diferenciadas – é preciso que o aplicador da lei, atento às peculiaridades do caso, e em parte desamarrando-se do mandamento genérico contido na lei, possa dimensionar concretamente a moldura jurídica a ser implementada para aquela situação<sup>1054</sup>.

Ao assim proceder, não estaria o aplicador da lei fugindo aos ditames normativos –, tampouco invadindo a esfera de competência destinada a outro poder - mas, contrariamente, buscando o fim a ser atingido pela própria lei, ao dosar as circunstâncias de vida ocorridas com as balizas genericamente preestabelecidas pelo legislador, afinal, a lei - ou, propriamente, a Constituição - “não é uma máquina que trabalha automaticamente”<sup>1055</sup>. Se a lei enferrujasse a liberdade do aplicador da lei a ponto de dispor estaticamente acerca dos pormenores de sua atuação, chegar-se-ia, sempre, a um mesmo resultado, sem dissonâncias quanto a situações que necessariamente deveriam ter uma dinâmica diferenciada. As variáveis da realidade empírica impedem, assim, - se se quer preservar uma idoneidade legislativa na regulação e preservação das relações sociais - uma delimitação prévia e estagnada de todas as situações humanas e, em paralelo, exige uma atitude jurisdicional a ser implementada em face das mesmas situações<sup>1056</sup>.

---

<sup>1052</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: *Temas de Direito Processual*. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p.62.

<sup>1053</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2 ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27.

<sup>1054</sup> Hart reconhecia, entretanto, que imperava, já à época, e de forma consistente, “uma longa tradição europeia e uma doutrina de divisão de poderes que dramatizam a distinção entre o legislador e o juiz, e insistem em que o juiz deve aparecer, em qualquer caso, como sendo aquilo que é, quando o direito existente é claro, ou seja, um mero porta-voz do direito, que ele não cria ou molda”(HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 337).

<sup>1055</sup> TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional. On reading the Constitution*, trad. Amarilis Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 37.

<sup>1056</sup> Posner desenvolve, em outra obra, a tese de que os juízes são legisladores ocasionais e, a partir daí, descreve sua percepção realista de que os magistrados são criadores de direitos. Ele cita um princípio disposto no código civil da Suíça e aplicado na prática jurídica estadunidense e de outros países, segundo o qual, quando a lei é silente, ou não é clara, o juiz deve decidir um caso como se fosse um legislador e, ao

O poder discricionário atende às variadas expectativas das relações humanas em resposta à incapacidade legislativa de predefinir as normas responsáveis pela viabilização da vida em sociedade, permitindo a adoção de deliberações concretamente ajustadas às necessidades das conjunturas de cada caso individualmente, como se fosse, na linguagem de Kelsen, um quadro ou moldura a ser preenchido<sup>1057</sup>. E é precisamente essa exigência de suplementação do teor normativo, segundo critérios de interpretação cingidos ao caso concreto, que particulariza a esfera da discricionariedade judicial. Larenz afirma que o aplicador da lei sempre terá à disposição “múltiplas variantes de significado que podem corresponder a um termo segundo o uso da linguagem”, podendo escolher, quando da aplicação do direito, qual dessas hipóteses “deva em cada caso ser considerada”<sup>1058</sup>.

Além de um conjunto de sentidos bem definidos, os quais, segundo os positivistas, podem-se extrair das normas, há áreas de vaguidade que, ante a falta de uma premissa estabelecida plenamente vinculada para a solução do caso, conferem aos juízes, necessariamente, a discricionariedade para decidir o caso<sup>1059</sup>. Diga-se, entretanto, que não se está, aqui, dando ao termo discricionariedade os contornos criativos das atividades propriamente destinadas ao Poder Legislativo. Mesmo aqueles que apontam a existência desse grau de liberdade judicial no proceder às escolhas valorativas no ato de julgar, exprimem a preocupação de que o juiz deve se afastar, o quanto possível, de intromissões genéricas no sistema normativo. Assim é a advertência de Hart, no sentido de que, “uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que

---

assim proceder, não estará ele arbitrariamente corrompendo o seu dever democrático de julgar imparcialmente a causa posta sob suas hostes (POSNER, Richard A. *How judges think*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008, p. 81. Verdadeiramente, o artigo 1 do Código Civil Suíço (*Zivilgesetzbuch* ou ZGB), segundo o autor, chega a afirmar expressamente que os juízes devem decidir os casos omissos por disposições legais ou direito consuetudinário de acordo com a regra como se legislador fosse.

<sup>1057</sup> O autor traz essa terminologia quando fala da liberdade do aplicador da norma, quando a implementação de uma norma de escalão superior, aduzindo que “esta não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer.” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 8 ed. Saraiva, 2009, p. 364).

<sup>1058</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Calouste Gulbenkian, 2005, p. 390.

<sup>1059</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. SARAIVA: 2009, p. 147.

urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos”<sup>1060</sup>.

Afastando-se, assim, da criação de formulações genéricas em suas manifestações judiciais, o juiz é detentor de legitimidade para implementar os comandos normativos que lhe foram oferecidos pelo legislador, já que este, não podendo ser convocado para esclarecimentos acerca do conteúdo da lei<sup>1061</sup>, aceita sua própria impossibilidade de dissecar todas as situações de vida a serem reguladas ao reconhecer o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva<sup>1062</sup>. Não há como se negar, a partir daí, a atividade verdadeiramente criadora do direito pelo juiz, pois, em resposta ao dever de provimento jurisdicional imposto ao mesmo pelo legislador, ele pode: dar os contornos próprios ao caso concreto analisado; minimizar ou ampliar os comandos legislativos; desconsiderar a validade de uma lei, ao declará-la inconstitucional – nesse caso, atuando como verdadeiro legislador negativo – ou dar a exata interpretação de uma norma que deverá ser observada de modo geral e aplicada indistintamente a todos.

O certo é que o juiz está longe de ser um aplicador automatizado das normas, como se fosse destinado apenas a, matematicamente, subsumir a formulação genérica da lei à situação específica dos fatos<sup>1063</sup>, em um exercício estéril de silogismo, apresentando-se como na falsa ideia de “boca que pronuncia a sentença da lei”, na conhecida expressão de Montesquieu<sup>1064</sup>. Sem discordar da necessidade de separação

---

<sup>1060</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 336. Também nesse sentido, Posner retrata que o poder legislativo dos juízes não pode ir ao ponto de que os mesmos promulguem tratados a partir de um mero *judicial opinion* (POSNER, Richard A. *How judges think*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008, p. 81).

<sup>1061</sup> No estado da Califórnia, entretanto, os legisladores podem ser convocados para prestar esclarecimentos como testemunhas sobre um pretensão significado de uma determinada regra normativa. (PERMAN, Marc R. *Statutory Interpretation in California: Individual Testimony as an Extrinsic Aid*, 15 *University of San Francisco Law Review*, 1981, P. 241). Posner, no entanto, aponta a inconveniência da referida sistemática, já que o legislador convocado pode tentar alterar o significado da lei para o qual foi chamado a interpretar, dando-lhe um sentido que fora anteriormente rejeitado pela maioria que aprovou a norma, sendo possível, ainda, que a “nova interpretação” não corresponda ao que fora efetivamente acordado, quando da promulgação da lei (POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 363).

<sup>1062</sup> Veja-se, para o conteúdo desse princípio, o art. 5, XXXV, da Constituição Federal brasileira: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”.

<sup>1063</sup> Verdadeiramente, a função de julgar não se resume a uma mera composição da sentença como resultado de um processo lógico. Quando da apreciação do caso concreto, segundo Larenz, “o juiz não tem apenas de generalizar o caso; tem também de generalizar até certo ponto o critério; e precisamente por isso, a sua actividade não se esgota na subsunção. Quanto mais complexos são os aspectos peculiares do caso a decidir, tanto mais difícil e mais livre se torna a actividade do juiz, tanto mais se afasta da aparência da mera subsunção” (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Calouste Gulbenkian, 2005, p. 150).

<sup>1064</sup> Segundo Montesquieu, a atividade jurisdicional de criação do direito seria necessariamente arbitrária, pois a liberdade do poder de julgar não seria capaz de permitir a produção de “direitos novos”, de

harmônica entre os poderes e também sem deixar de aceitar a premissa de que a atividade de criação de fórmulas jurídicas genéricas deve ser uma função afeita com exclusividade ao Poder Legislativo, é fora de dúvidas que o juiz, muitas vezes, deparar-se-á com hipóteses em que seja lícito um processo intelectual de escolha, bem como haverá situações em que o mesmo, ao implementar o bem de vida postulado naquele caso concreto, o fará com base em um direito não encontrado estaticamente em um determinado comando legal<sup>1065</sup>. Não se trata de invasão de uma competência definida para ser exercida por outro poder, mas de uma possibilidade intrinsecamente atribuída ao intérprete da norma de adaptá-la às circunstâncias fáticas do caso a decidir<sup>1066</sup>. Essa possibilidade é autorizada, assim, pela falta de flexibilidade da legislação, já que as regras e os códigos são

---

modo que o magistrado estaria vinculado ao que já havia sido pronunciado pelo legislador, representando o julgamento, tão somente, “um texto exato da lei”. Ele acaba concluindo que o “poder de julgar” era, de qualquer modo, um “poder nulo” (*en quelque façon, nulle*). O poder de criar o direito seria exclusivo do legislador, sendo que o magistrado deveria ser apenas “*la bouche de la loi*”, ou seja, um juiz que aplica mecanicamente o teor da norma, sem mínima possibilidade criadora. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 157-158 e 160). Engisch – que aponta o Iluminismo como a época em que se exigia o estabelecimento de clareza e de segurança jurídica absolutas através de normas rigorosamente elaboradas - faz a representação do juiz como o ‘escravo da lei’: “O Tribunal, ao aplicar o Direito, deve funcionar como um autômato, com a única particularidade de que o aparelho em função não é um mecanismo automático, mas um mecanismo lógico” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, 10ª ed. p. 206). Quanto à não assimilação da doutrina de Montesquieu no Estado democrático de Direito, Guerra Filho aponta que “o papel do Judiciário em um Estado que se quer democrático é distinto daquele que se lhe atribui na formulação clássica sobre suas relações com os demais poderes estatais. Do Judiciário hoje não é de se esperar uma posição subalterna perante os outros poderes a quem caberia a produção normativa. O juiz não há de se limitar a ser apenas, como disse Montesquieu, *la bouche de la loi*, mas sim, *la bouche du droit*, isto é, a boca não só da lei, mas o próprio Direito. Sobre esse ponto, aliás, explicitou a jurisprudência constitucional alemã que a Lei Fundamental, quando estabelece, em seu art. 97, que o juiz está vinculado apenas à lei, essa vinculação deve ser entendida como *ao Direito*”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 158-159).

<sup>1065</sup> Veja-se, aliás, a consideração de Faria Costa no sentido de que, mesmo “quando se interpreta juridicamente, estamos também a fazer, a elaborar, um outro texto” (COSTA, José de Faria. O princípio da igualdade, o direito penal e a Constituição. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, n. 100, Jan./Fev. 2013, p. 233).

<sup>1066</sup> O dogma da separação de poderes, na esteira promulgada por Montesquieu, ganha contornos de severidade, quando é apontado exatamente como garantia, em face da arbitrariedade do poder público, já que o atuar segmentado e concorrente das atividades de administrar, legislar e julgar representa, diretamente, uma inegável proteção dos direitos da liberdade. É indiscutível que a fórmula teórica de Montesquieu acerca da separação de poderes foi, desde o início de sua proposta em meados do século XVIII, um centro de referência inevitável nos flancos dos debates da teoria do Estado Liberal. Segundo Silvestri, “o conceito de limite é essencial em uma construção teórica que queira assegurar a tutela da liberdade mediante a manutenção da legalidade” (SILVESTRE, Gaetano. *La separazione dei poteri*. Milão: Giuffrè, 1979, v. I, p. 286). É justamente a precisa conexão entre lei e liberdade que leva Montesquieu a prescrever a essencialidade de um formato jurídico em que a última não seja apenas genericamente anunciada, mas efetivamente assegurada através de um sistema de distribuição de poderes. “Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder tenha de frear o poder” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.150). A separação dos poderes encontrou sua expressão prática, segundo alguns, na Constituição dos Estados Unidos da América. (SLAPPER, Gary ; KELLY, David. *O Sistema Jurídico Inglês*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011, p. 29).

estabelecidos em textos precisos e mantêm-se nessa moldura, até que a nova legislação os modifique, a qual, muitas vezes, já surge em descompasso com os novos tempos.

Não importa a corrente teórica que se queira seguir: mesmo entendendo como Hart, ao defender que em alguns casos não previstos pelo ordenamento jurídico deverá o magistrado apontar um resultado para o caso concreto, mesmo que passe pela saída da criação, ou, também, mesmo que se aceite a formulação de Dworkin de que todos os casos são solucionáveis através da aplicação concreta de princípios, o julgador, em uma inúmera quantidade de vezes, estará autorizado a agir criativamente<sup>1067</sup> na solução de um caso concreto, já que inafastável é a sua consideração final sobre o mesmo<sup>1068</sup>. No fundo, a análise conclusiva sequer poderia ser diferente, já que a própria atividade interpretativa sempre implica um certo grau de discricionariedade e, portanto, de criatividade<sup>1069</sup>.

Essa discussão, no fim das contas, acaba por levar à total negligência de outra, muito mais importante: deixa-se de perceber que de fato os juízes, em determinado sentido, criam o Direito, em variadas medidas, e, por conseguinte, negligencia-se qualquer preocupação em lidar com esta criação ou em controlá-la racionalmente<sup>1070</sup>. O reconhecimento dos poderes dos juízes precisa vir conjuntamente à ampliação de seus deveres, caso contrário ter-se-á uma desmedida ampliação daqueles e a continuidade ou mesmo agravamento da crise de coerência e racionalidade que se presencia no Direito, incompatível com a ideia de Estado Constitucional<sup>1071</sup>.

---

<sup>1067</sup> Nas palavras do ex-estadista norte americano, Theodore Roosevelt: “os principais criadores do direito podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas de um sistema de filosofia social. Com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito”. (Mensagem enviada pelo Presidente Theodore Roosevelt ao Congresso Americano em 8 de dezembro de 1908 – 43. Cong. Rec., Part I, pág. 21. In: CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 3).

<sup>1068</sup> Eis, nesse contexto, a reflexão de Aristóteles: “Aliás, crendo-se que a lei não possa tudo especificar, poderá um homem fazê-lo com precisão? Quando a lei tem assentado com o zelo as regras gerais, ela abandona os detalhes à inteligência e à apreciação mais justa aos magistrados, para que eles julguem e decidam. Autorizados mesmo a corrigir e retificar, caso a experiência lhes prove ser possível fazer melhor que as disposições escritas. Assim, querer que a lei mande é querer que deus e a razão mandem sós; mas dar superioridade ao homem é dá-la ao mesmo tempo ao homem e à fera. O desejo tem qualquer coisa de bestial. A paixão corrompe os magistrados e os melhores homens. A Inteligência sem a paixão, tal é a lei” (ARISTOTELES. *A política*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998, p.71).

<sup>1069</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 128-129.

<sup>1070</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 165.

<sup>1071</sup> *Ibid.*, p. 170. Nessa mesma linha de argumentação: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trotta: Madrid, 2011, p. 153.

É exatamente quanto a esses aspectos que o modelo utilizado nos sistemas de *Common Law* tem algo de muito lúcido a ensinar aos países de tradição romanística<sup>1072</sup>, sendo incontestável a importância da técnica de precedentes judiciais no próprio esclarecimento e na delimitação do conteúdo vago e nebuloso das normas que possuem conceito jurídico indeterminado<sup>1073</sup>, como se verá, com mais empenho, no próximo ponto. Nessa linha de entendimento, Karl Larenz afirma que os magistrados, diante de casos tais, partindo da comparação de outros casos julgados com o analisado concretamente, “bem como mediante a elaboração de ideias jurídicas novas e mais especiais, com base na análise jurídica dos casos em que elas se manifestam, conseguem enriquecer cada vez mais o conteúdo da pauta relativamente indeterminada, concretizá-la em relação a determinados casos e grupos de casos e, deste modo, criar finalmente um entrelaçado de modelos de resolução em que possam ser arrumados, na sua maioria, os casos a julgar”<sup>1074</sup>. Assim, segundo Posner, um precedente é não apenas uma autoridade (no sentido de ser uma razão independente de sua solidez para se decidir o caso seguinte de determinada maneira), mas também uma fonte de informações relevantes para aquele que vai decidir o caso seguinte<sup>1075</sup>. O precedente permite, assim, dar um passo a partir da generalidade da lei em relação à concretude do caso.

Para que o âmbito de subjetividade do juiz não seja amplo a ponto de não haver limites nem permitir controle, é necessário que sejam fixados parâmetros mínimos à concreção da norma para que se possa alcançar um resultado justo. A necessidade de se delimitar a discricionariedade judicial ante a inafastável evidência da previsão e aplicação dos conceitos indeterminados dá real significância aos precedentes, pois, na proporção em

---

<sup>1072</sup> Segundo Wieacker, enquanto a teoria do direito e a tradição jurídica não desenvolverem uma técnica refletida do uso correto das normas de conteúdo indeterminado, ela constitui um perigo crescente para as nossas ordens jurídicas (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 546-547). A preocupação de Wieacker encontra resposta na racionalidade da argumentação que deve presidir a justificativa das decisões fundadas em normas de conceito indeterminado e na necessidade dessa justificativa advir dos Tribunais, incumbidos de definir o modo como uma norma de conteúdo indeterminado deve ser aplicada diante de determinada circunstância específica que se repete em casos similares (MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 61).

<sup>1073</sup> A tese de indeterminação se relaciona com a teoria dos precedentes do sistema da *Common Law*, segundo a qual uma certa autoridade é conferida às decisões em que os juízes reconheceram a existência do direito aos casos submetidos a eles anteriormente (BILIER, Jean-cassien; MARYOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Manole Porto, Portugal: S.D. p. 255). Nas palavras de Hart, “na franja das regras e no campo deixado em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais preenchem uma função criadora de regras” (HART, L.A. *O conceito de Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 148-149).

<sup>1074</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, 3.ed. p. 411.

<sup>1075</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 348-351.



que os casos concretos são decididos com respeito aos mesmos, tais conceitos passam a ser apenas relativamente indeterminados pelo grupo de casos<sup>1076</sup>. Sendo inevitável e permanente a previsão de indeterminação da norma – conforme visto no ponto 9.1 – os limites e balizas quanto a tais indeterminações só podem ser impostos por precedentes judiciais vinculantes.

A opinião de outros autores acrescentam dados de relevância dogmática para a adoção da teoria dos precedentes: 1) o próprio Dworkin expõe a necessidade de seguir os precedentes como um imperativo da igualdade (do *treating like cases alike*) - conforme se verá com mais precisão no próximo ponto – e acaba vinculando a força do precedente (*gravitational force*) ao princípio nele reconhecido<sup>1077</sup>; 2) Alexy afirma que toda decisão que aplica princípios acaba por criar uma regra, e essa regra, de sua parte, deve ser reconhecida e aplicada em casos que apresentem as mesmas circunstâncias fáticas relevantes<sup>1078</sup>; 3) Para Ávila, os princípios, que propõem finalidades vagas, precisam ter a especificação dos fins ao máximo, e para isso contam com “casos paradigmáticos”, a partir dos quais seria possível “substituir o fim vago por condutas necessárias à sua realização”<sup>1079</sup>; 4) Na teoria dos princípios desenvolvida por Marcelo Neves, a importância dos precedentes é também notável. O autor, ao tratar da relação entre as espécies normativas consigna que os princípios não resolvem diretamente questões jurídicas, pois é indispensável uma regra entre a decisão e o princípio. Essa regra pode possuir natureza legislativa ou pode ser “atribuída (indiretamente) a um texto normativo mediante o órgão encarregado da concretização jurídica, isto é, mediante a construção jurisprudencial”<sup>1080</sup>.

Assim sendo, os precedentes ganham bastante relevância, pois o processo circular de estruturação do Direito vai da argumentação por princípios à concretização de uma regra, que servirá então para a solução dos casos futuros<sup>1081</sup>. Essa regra poderá ser “extraída” de um precedente, tratando-se de “uma reconstrução dos princípios à luz das

---

<sup>1076</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, 3.ed. p. 411.

<sup>1077</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 110 a 115.

<sup>1078</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 164-165.

<sup>1079</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 99-100.

<sup>1080</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, 141.

<sup>1081</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 160.

regras (legislativas e construídas como precedentes jurisprudenciais)”<sup>1082</sup>. Só o respeito aos precedentes dos Tribunais pode deixar claro que as normas de conceito indeterminado se destina a dar ao Judiciário poder de elaborar norma de aplicação geral, ainda que atenta a uma circunstância específica insuscetível de ser definida à época da edição do texto. Ou seja, a norma judicial derivada da técnica legislativa de conceituação indeterminada, apesar de considerar uma circunstância que surge no caso concreto, deve ter caráter universalizante<sup>1083</sup>, na medida em que não terá racionalidade e ofenderá a segurança jurídica, previsibilidade e igualdade caso não puder ser aplicada a casos futuros marcados pela mesma circunstância<sup>1084</sup>. Isso porque as decisões dos tribunais exercem funções estruturais no sistema jurídico, entre elas o de unificar o entendimento das normas para toda a sociedade e constituir paradigmas para futuras soluções a serem apresentadas em decisões a respeito de iguais ou semelhantes casos concretos, conforme será exposto com mais pormenor no próximo ponto (9.3).

Com efeito, reconhece-se que os “conceitos indeterminados” dão um poder de construção para os juízes, e, para que haja racionalidade e consistência, as decisões – *locus* para realização dessa construção – precisam ser incorporadas no discurso jurídico como fonte obrigatória, o que é feito por meio dos precedentes e para o que é indispensável a construção de uma teoria dos precedentes<sup>1085</sup>. A indeterminação inerente ao conteúdo das normas fornece a base para a construção jurisprudencial do Direito: ao mesmo tempo em que é o ponto de partida para a maior criatividade na atividade judicial serve também como limite para a construção de normas jurídicas<sup>1086</sup>.

A ideia de aplicação mecânica da lei é uma ilusão, que, ao contrário de lidar com a realidade, esconde-a e acaba por ser irresponsável com a criatividade jurisprudencial, permitindo sua plena desordem. O que busca a teoria dos precedentes não

---

<sup>1082</sup> NEVES, Marcelo. *Op. Cit.*, 2013, 169.

<sup>1083</sup> Nesse contexto é que se diz que a norma de decisão contém a proposição geral em que se baseia a decisão e, desse modo, estabelece a pretensão de que é uma verdade válida, não somente para o caso específico, mas também para todo caso igual ou parecido (EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. In: MORRIS, Clarence (Org), Os grande filósofos do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 459).

<sup>1084</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 62.

<sup>1085</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 170; MUÑOZ, Martin Orozco. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, Navarra: Arazandi-Thomson Reuters, 2011, p. 61; BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. “*Precedent in the United Kingdom*”. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 332.

<sup>1086</sup> SUMMERS, Robert S. “*Precedent in the United States (New York State)*”. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 372.

é mais do que definir essa responsabilidade, a partir do dever jurídico direcionado aos juízes e demais profissionais de levarem em conta aquilo que já foi decidido anteriormente nos tribunais<sup>1087</sup>. A teoria dos precedentes judiciais obrigatórios parte da premissa de que há criatividade na atuação jurisdicional, mas, ao contrário do que se costuma aduzir, não está preocupada em dar poderes aos julgadores. Realmente, o *stare decisis* tem como maior mérito buscar que a aplicação do direito seja feita de forma mais racional e coerente, muito ao contrário de dar poderes aos juízes, ela lhes dá responsabilidades, restringindo o âmbito de discricionariedade na criação e fornecendo limites ou parâmetros para a decisão<sup>1088</sup>. A partir de tais constatações, se quiser exercer seu intento jurisdicional de guardião do Estado Democrático, o magistrado deve, sem a menor dúvida, desempenhar uma atividade judicante discricionária comprometida com os limites que lhe forem impostos pelos precedentes judiciais que lhe antecedem a jurisdição. Esse será um ponto, entre outros tantos, a partir do qual esta pesquisa partirá para tentar provar a real necessidade de aproximação crítica entre os sistemas das duas tradições jurídicas.

### **9.3 – A busca por uma maior invariabilidade das manifestações judiciais: o princípio da segurança jurídica, previsibilidade e igualdade e outros aportes teóricos como razões fundantes para a assimilação do sistema de precedentes no sistema romano-germânico**

A lógica revolucionária francesa, partindo do ideal de que as decisões judiciais deveriam revestir-se necessariamente de certeza jurídica, criou o receio de que, se os juízes estivessem livres para decidir em desacordo com a lei, os objetivos da Revolução não seriam alcançados. Criou-se, assim, o pecado original – permeado ao longo dos séculos -, de que manter o juiz preso à lei seria sinônimo de segurança jurídica. A liberdade do Direito realizar-se-ia por meio da certeza dele, e esta estaria garantida com a mera

---

<sup>1087</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 171; MUÑOZ, Martin Orozco. *Op. Cit.*, p. 21. No mesmo sentido: “As a practical matter, the force of the principle of *stare decisis* is inversely related to the extent of the deciding court’s discretion to determine what rule a precedent stand for” (EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 51). Para uma exposição do posicionamento de que o *stare decisis* é uma forma de contenção da discricionariedade judicial, exposta conforme diversos autores do common law, e suas razões, ver: NELSON, Caleb. “*Stare decisis* and demonstrable erroneous precedents”. *Virginia Law Review*, vol. 87, n. 1, 2001, p. 37-45.

<sup>1088</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. *Op. Cit.*, p. 171.

existência da legislação e de sua aplicação automática pelos juízes, que estariam, portanto, proibidos de interpretá-la<sup>1089</sup>.

A concepção revolucionária presumiu, romanticamente, que o juiz entregaria sua decisão como um reflexo exato da norma, bem como que a consequente certeza jurídica daí decorrente geraria segurança e previsibilidade para a relação e consciência sociais. Em contraponto, nos sistemas dos países que não admitiram a utopia de que a lei garantir-se-ia por si só (países da *Common Law*), sem a possibilidade de interpretação pelo juiz, buscou-se atingir a segurança jurídica e a previsibilidade exatamente nos precedentes jurisprudenciais<sup>1090</sup>. Assim, consolidou-se a crença, dentro do sistema continental, de que a segurança e a previsibilidade seriam alcançadas na própria lei e em sua subsunção automática realizada pelos juízes e, por isso, esses não poderiam proferir decisões diferentes, enquanto, no sistema insular, por ter sido superada a suposição de que o juiz não interpreta a lei, identificaram-se a segurança e a previsibilidade necessárias ao desenvolvimento social com a eficácia vinculativa dos precedentes.

A superação contemporânea, nos países continentais, da falsa premissa revolucionária de impossibilidade de interpretação da lei pelo juiz, leva, entretanto, a uma realidade estarrecedora: a de que, mesmo depois de se aceitar que o juiz interpreta a lei - e, muito além disso, de que os juízes, na imensa maioria dos casos, discordam-se em suas decisões e julgam das formas mais variadas e contraditórias possíveis - , ainda se assume, pacificamente, que a lei basta para assegurar a segurança e a previsibilidade. Também no sistema da *Common Law*, uma mesma norma jurídica pode resultar em variadas interpretações e, sucessivamente, em decisões judiciais das mais diferenciadas. Esse sistema, entretanto, há muito tempo, identificou a necessidade de criação do Direito pelo

---

<sup>1089</sup> O ideal revolucionário, permeado ao longo dos séculos, adulterou a necessidade de reverência aos precedentes, por consagrar a inverdade de que a lei seria autossuficiente para assegurar a certeza e a segurança jurídica responsáveis por trazer estabilidade ao sistema. O sistema continental emudeceu a relevância da função jurisdicional, ao mal associar a segurança jurídica à aplicação estrita da lei, de modo que a certeza jurídica surgiria com a submissão do juiz à lei. A certeza jurídica foi utilizada como argumento comum, mas, ao mesmo tempo, como premissa oposta na *Civil Law* e na *Common Law*: no primeiro, foi usado para subestimar a relevância das decisões dos juízes, enquanto, no segundo, fundou-se na *stare decisis* (MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a Necessidade de respeito aos Precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, 2008, p. 55).

<sup>1090</sup> A pretensão de se atingir uma maior segurança nas decisões judiciais e a otimização destas, evitando-se o desnecessário exame de casos idênticos já anteriormente decididos e, conseqüentemente, visando a uma maior segurança jurídica em benefício da sociedade, levou vários países a adotarem mecanismos com o objetivo de uniformizar a jurisprudência (STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 93).

próprio juiz e, precisamente, que a segurança e a igualdade jurídicas só seriam atingidas através de um sistema de precedentes vinculantes que garantisse um mínimo de previsibilidade<sup>1091</sup> e um ambiente para preservar aqueles outros dois valores já citados<sup>1092</sup>.

O sistema continental, ao insistir na inverdade de que a certeza jurídica estaria preservada em um amplo sistema de leis e códigos com regras genéricas e abstratas estabelecidas de forma muito pouco sistemática, enfrenta, na dimensão do plano prático e real, a verdade – diante de tantas decisões conflitantes e sem parâmetros limitadores – de manter um sistema que gera insegurança, imprevisibilidade e desigualdade. Na realidade jurídica dos países do sistema da *Civil Law*, muito embora tenha-se desmistificado a fantasia de que o juiz seria um aplicador automático e inanimado da lei, não se atingiu a percepção, clara em todos os sentidos, de que é preciso uma reformulação dogmática que seja suficiente para preservar a segurança, a previsibilidade e, especialmente, a igualdade, diante das incontestáveis e facilmente identificáveis diversidade e contraditoriedade das decisões e interpretações da lei<sup>1093</sup>. O sistema continental ainda não despertou para enfrentar a urgência de estabelecer um mecanismo apto a preservar a segurança e a igualdade diante das decisões jurídicas, já que a realidade mostra que a lei, como fonte única do exercício jurisdicional, é insuficiente para garantir os referidos valores<sup>1094</sup>.

---

<sup>1091</sup> A previsibilidade da decisão judicial, para além da previsão do próprio tipo legal do crime, torna mais importante e preciso o pensamento de Faria Costa sobre a função de garantia do Direito Penal: “O respeito por esta exigência de garantia supõe o conhecimento pelo cidadão, antecipadamente, das condutas que lhe estão penalmente vedadas de praticar, o que lhe permite, em inteligência inversa, conhecer o universo dos comportamentos irrelevantes para o direito penal. Conhecer, assim, os comportamentos que não entram na discursividade jurídico-penal. Conhecer, digamo-lo de maneira ainda mais impressiva, os comportamentos penalmente permitidos”. (COSTA, José de Faria. *Direito penal especial (Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 68). O precedente vinculante gera no jurisdicionado e nos órgãos julgadores a possibilidade de o resultado sobre determinado conflito ser calculado previamente, para que possa ser evitado ou, se ocorrido evento semelhante, para ser solucionado pelo Poder Judiciário da mesma maneira que os julgados antecedentes (CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini. Ed. São Paulo: RT, 2015, p. 159).

<sup>1092</sup> A utilização dos precedentes enseja, sem dúvida, uma maior previsibilidade na maneira pela qual uma controvérsia poderá ser decidida, apresentando, assim, uma garantia de certa segurança jurídica (NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121).

<sup>1093</sup> Para Dworkin, é a igualdade perante a lei que nos fornece a explicação irrefutável e definitiva da necessidade de aplicação do precedente aos casos semelhantes em julgamento. Segundo o autor, a força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não só a sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 176).

<sup>1094</sup> Conforme uma das preocupações de Tocqueville, “mesmo quando a lei se encontra sobre pressão, a liberdade encontra ainda uma esperança na jurisprudência” (TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*, I, p. 286, citado por D. Duman, *The Judicial Bench in England 1727-1875: The Reshaping of a Professional Elite*, *Royal Histor. Soc. Studies in History Series*, 29, Londres, 1982, p. 303). Não se prega,

É a partir de tais considerações que se pode derivar uma série de vantagens advindas do uso dos precedentes vinculantes da teoria da *Stare Decisis*, as quais serão expostas no decorrer deste ponto, quais sejam: credibilidade, respeitabilidade, efetividade, estabilidade, previsibilidade, segurança jurídica e igualdade. Tais características não exauram os interesses a que o uso dos precedentes serve<sup>1095</sup>, mas elas constituem suportes teóricos suficientes para justificar a intersecção dos sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*, com a assimilação, pelo primeiro, do aporte dogmático do segundo. E dentre tais características, aponta-se, de forma mais relevante, para a garantia de previsibilidade, segurança jurídica e igualdade<sup>1096</sup>, conforme será exposto.

O fato de o juiz continental ter o direito ou o poder absoluto e não contestado de decidir sem se curvar às suas próprias decisões, às decisões dos tribunais aos quais está vinculado e – o que é ainda mais incompreensível – às decisões dos Tribunais Superiores, acaba por sacrificar a credibilidade de sua posição dentro do sistema de distribuição da justiça, pois o legitima a decidir individualmente e à margem de qualquer submissão. Essa interpretação desairosa permite que o juiz decida questões iguais de maneira diferente, ou julgue de forma absolutamente contrária aos tribunais aos quais está

---

entretanto, posições mais extremistas como a defendida pela escola do realismo jurídico, conforme se percebe nas palavras de Lord Denning: “o Direito é incerto e ninguém pode dizer o que é o Direito até que os tribunais o decidam” (ULLMAN, W. *This Realm of England is an empire, Journal of Ecclesiastical History*, 1979, p. 30). De acordo com a defesa realizada pela escola do realismo americano, só é Direito aquele criado pela juízes e tribunais. Segundo aqueles que a advogam, antes da decisão judicial não há Direito ou, em termos mais incisivos, uma norma só passa a ser considerada norma jurídica quando for aplicada pelos tribunais (SOTELO, José Luis Vasquez. *A jurisprudência vinculante na Common Law e na Civil Law*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.50). Em crítica à referida escola, Kelsen: “A teoria, nascida no terreno da *Common Law* anglo-americana, segundo a qual somente os tribunais criam o Direito, é tão unilateral como a teoria, nascida no terreno do Direito legislado da Europa Continental, segundo a qual os tribunais não criam de forma alguma Direito, mas apenas aplicam Direito já criado. Esta teoria implica a ideia de que só há normas jurídicas gerais, aquela implica a de que só há normas jurídicas individuais. A verdade está no meio. Os tribunais criam Direito, a saber – em regra – Direito individual: mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor de Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica.” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, editora Martins Fontes, São Paulo, 2006, 7ª Edição, p. 272).

<sup>1095</sup> Aponta-se ainda como vantagens para o uso dos precedentes: a precisão, celeridade e aprimoramento do trabalho decisório do juiz (Nesse sentido: SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante, Curitiba: Juruá, 2006, p. 23). Dinamarco afirma que a força vinculante dos precedentes expressa quádrupla vantagem: igualdade, segurança, economia e respeitabilidade (DINAMARCO, Candido Rangel. Fundamentos do processo civil modern. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 1126).

<sup>1096</sup> Há entendimento que aponta que a igualdade e segurança jurídica decorrem da previsibilidade. Nesse sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetos do direito: *civil law e common law*. RePro. vol. 172. São Paulo: Ed. RT, 1985, p. 128-129.

hierarquicamente submetido<sup>1097</sup>. Permite-lhe principalmente, além do individualismo, que é dos mais exacerbados, que violente a própria destinação da norma, que é servir com igualdade os jurisdicionados<sup>1098</sup>. Assim, nesse aspecto do plano de previsão normativa – no âmbito penal - “se para atos substancialmente iguais deveriam corresponder normas incriminadoras também elas tendencialmente iguais”<sup>1099</sup>, também quanto às decisões judiciais não adiantaria chegar a uma igualdade substancial na norma, se o resultado revelar-se em desigualdade no julgamento<sup>1100</sup>.

A entrega, sem medidas e limites, do exercício de liberdade ao juiz, tendo como baliza única a lei, torna evidente o ponto mais vulnerável desse sistema: a possibilidade de o juiz contrariar as suas próprias decisões e as decisões dos tribunais sem a devida justificativa e sem qualquer “razão lógica ou axiológica convincente para o

---

<sup>1097</sup> No mesmo sentido defendido no texto, entendendo que é injusto punir de forma diferente comportamentos semelhantes e considerando a harmonização fundamental, na medida em que permite reduzir a desigualdade ou as diferenças de tratamento entre os cidadãos: PIMENTEL, José Menéres. Perspectivas para o século XXI. In: Perspectivas do Direito no início do Século XXI. Coimbra Editora, 1999, p.46; VOGEL, Joaquim. *Why is the harmonisation of penal Law necessary? A comment*, in *Harmonisation and harmonising measures in criminal Law*, Edited by Andre Klip and Hårmen van der Wilt, Amsterdam, 2002, pp.60-61; NIETO, Adán. *El derecho penal europeo a la espera de una Constitución*, in *El Derecho penal de La Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, dir. Luis Arroyo Zapatero/Adán Nieto Martín, Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, p. 17; WEYEMBERGH, Anne. *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions'* (2005) 42 *Common Market Law Review*, Issue 5, p.180; BERNARDI, Alessandro. *Opportunité de l'harmonisation*, in *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, a cura di Mireille Delmas-Marty, Geneviève Giudicelli-Delage, Elisabeth Lambert-Abdelgawad. Paris, Société de législation comparée, 2003, pp. 451-463; CRESPO, Demetrio. *Sobre la armonización de las sanciones en la Unión Europea in Frayde y corrupción em el derecho penal econômico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*, dir. Luis Arroyo Zapatero/Adán Nieto Martín, Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, p. 510.

<sup>1098</sup> No sentido referido no texto: “O princípio da igualdade de todos perante a lei parcerá irrealizável se a lei for interpretada de modo diverso, apesar de serem idênticas as situações. O homem do povo não concebe duas decisões antagônicas resolvendo a mesma tese, o mesmo princípio, o mesmo fato” (ROSAS, Roberto. *Comentários ao código de processo civil*, 2 ed., São Paulo: RT, 1998, p. 27-28).

<sup>1099</sup> COSTA, José de Faria. O princípio da igualdade, o direito penal e a Constituição, In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, n. 100, Jan/Fev. 2013, p. 232.

<sup>1100</sup> A própria identificação e noção de igualdade “não é, não pode ser, uma abstração. Ela é, naquilo que tem de mais essencial, um conceito relacional. Vale como eixo de referência entre duas grandezas (...) só há, só é concebível a ideia de igualdade quando comparamos, quando sopesamos, quando medimos (...) quando relacionamos (...) todo e qualquer juízo, enquanto acto de crítica (positiva ou negativa), reclama ao menos três pressupostos: o objecto do juízo, o parâmetro do juízo e a comparação ou confrontação entre ambos, ou seja, a própria realização do juízo” (Ibid, p. 231). Em outra obra, o mesmo autor evoca que ao princípio da igualdade dá-se-lhe “um conteúdo normativo e uma operacionalidade jurídico-discursiva que se não confinam aos limites de uma igualdade formal perante a lei”. Ainda segundo o autor, não se pode reduzir o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei à singeleza de um princípio estruturante formal, já que o mesmo estrutura-se substancialmente e os valores históricos que o envolvem e a própria dignidade social exigem uma compreensão expansiva, não devendo faltar um forte segmento prático que lhe perfilhe e honre uma noção substancial do valor-princípio da igualdade. Conclui: “tem, por conseguinte, a ver com a exigência material da ideia de Justiça que impele e coage a actividade legiferante para que, mesmo em termos legislativos, se não perca o norte de que o igual tem de ser tratado igualmente e o desigual desigualmente” (COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 255).

tratamento diferenciado de uma mesma circunstância de facto”<sup>1101</sup>. Além da ilogicidade e fraqueza democrática em proferir, ele próprio, decisões contraditórias, o juiz que, sem justificação – e embora escrupulosamente, de acordo com a sua consciência -, contraria as decisões dos tribunais, quando sabe que a estes cabe o entendimento final sobre o caso, comete ato que, ao depor contra a própria lógica do sistema<sup>1102</sup>, denota desmerecimento ao Poder Judiciário e desconsideração ao jurisdicionado como destinatário final do serviço jurisdicional<sup>1103</sup>.

As raízes do discurso de que o juiz deve ter a seu dispor o direito ou o poder para decidir em desacordo com os tribunais ainda finca-se em um suposto atentado à liberdade jurisdicional, discurso esse reforçado pela sempre presente intervenção das associações dos juízes<sup>1104</sup>. Parte-se de uma compreensão superficial de que a emolduração do caso concreto, através da análise individualizada do juiz, impunha a todos a vontade democrática do Estado, advinda de um Judiciário livre e sem qualquer tipo de servilismo para com os outros poderes<sup>1105</sup>. Semelhante intervenção parece esconder que o juiz, além

---

<sup>1101</sup> Ibid., p. 232.

<sup>1102</sup> Nesse sentido: “uma das funções primordiais do Direito, na dinâmica jurídica, é a de fornecer a certeza do Direito, entendida como consistente na possibilidade, proporcionada aos jurisdicionados de que, através de um instrumental, haja o caminho capaz de estabelecer a maior previsibilidade possível” (ALVIM, Arruda. Tratado de direito processual civil. São Paulo: RT, 1990, p. 13). Em outra obra, o mesmo autor: “em um mesmo momento histórico não é aceitável que a mesma regra jurídica tenha mais de uma interpretação, pois o atributo da certeza é necessidade indeclinável da ordem jurídica” (ALVIM, Arruda. Sentença no processo civil: as diversas formas de terminação do processo em primeiro grau. São Paulo: RT, 1995, p. 303).

<sup>1103</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a Necessidade de respeito aos Precedentes no Brasil. In: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*. Curitiba: n.47, 2008, p. 25.

<sup>1104</sup> Os discursos institucionais e associativos em favor da liberdade do juiz (valor, por óbvio, que deve ser preservado), de tão inflexíveis, imunizam a consideração sobre o problema, tornando o sistema imprevisível ante a reprodução, cada vez maior, de decisões conflitantes em casos iguais. Embora a liberdade de o juiz decidir em qualquer direção e sem amarras possa denotar uma instância de modernidade e de democratização do sistema jurídico, que permita o pleno desenvolvimento deste ao longo do tempo, a realidade dos sistemas jurídicos dos países de tradição continental mostra-se, muito pelo contrário, patologicamente demagoga. As razões que induziram a aversão à tentativa de conexão do juiz ao passado – não necessitando este prestar quaisquer reverências às decisões anteriores – partem de uma suposta mácula ao seu livre convencimento e à sua “sacrossanta” liberdade de julgar. Quaisquer que fossem as razões, o certo é que se obscurece a percepção de que a manifestação judicial é produto de um sistema e o descompromisso judicial com esse sistema, desgarrando o juiz de toda fidelidade para com o mesmo, torna-o onipotente e o deixa à sua margem.

<sup>1105</sup> É natural e totalmente defensável, entretanto, em grande parte das tradições democráticas contemporâneas, que a vontade democrática seja imposta, em sua última palavra, através do mais alto órgão do Poder Judiciário. Nesse sentido: “Se as decisões constitucionais da justiça em último grau não obrigam aos outros dois poderes, entre esses dois poderes é que fica a autoridade suprema na interpretação constitucional(...) De modo que não há meio termo: ou o árbitro supremo do nosso direito constitucional é a suprema corte, ou essa posição oracular, disputada entre os dois poderes políticos, acabará por se imergir de todo em todo no Executivo.” (BARBOSA, Rui. *Discursos no Instituto dos Advogados Brasileiros*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004, p. 21- 22).



de liberdade de julgar, tem obrigação perante o Poder de que faz parte e com o jurisdicionado<sup>1106</sup>.

Não menos equívoca é a versão de que a criatividade do juiz estaria abalada tão somente por esta submissão às decisões anteriores, já que seria apenas uma questão de tempo, até que o processo fosse julgado pelo tribunal, e a decisão do juiz, inevitavelmente, desaparecesse. Diz-se que a decisão do primeiro grau constituir-se-ia no berço criativo onde surgiria a maioria das premissas e fundamentos responsáveis pelas mudanças de entendimento dos tribunais superiores. Nem esse cenário, entretanto, estaria comprometido, pois o juiz, ao curvar-se à decisão do tribunal superior, poderia, mesmo assim, expor todos os seus argumentos contrários e deixar claro que, não fosse a reverência à segurança jurídica e à própria estrutura da qual faz parte, estaria julgando de outra forma. Em assim agindo, o tribunal, de forma consequente, poderia, da mesma forma como hoje normalmente se faz, admitir as razões do juiz de primeiro grau para modificar seu entendimento, as quais foram expostas apenas como argumentação, e não como conteúdo de decisão.

O juiz tem o dever de não ser indeciso e vário, devendo, sob qualquer pretexto, sustentar a congruência de suas decisões, prezar pela respeitabilidade e credibilidade do Poder Judiciário (e de sua auto-organização) e garantir a previsibilidade, segurança e igualdade jurídicas dentro do sistema. Nesse sentido, o respeito pelos tribunais tende a desaparecer, quando os advogados e o público começam a admitir que nada do que foi dito, em sentenças anteriores, tem valor numa controvérsia atual<sup>1107</sup>. É bastante remota a percepção de que há algum tipo de conexão entre injustiça e inconstância, como se percebia da clara previsão do Digesto, no sentido de que a justiça é a “vontade constante e perpétua” de dar a cada um o que lhe é devido<sup>1108</sup>.

Ainda que tenha o magistrado feito uma análise acurada e profunda dos elementos fáticos e jurídicos dispostos no processo, a tutela jurisdicional efetiva estará sempre afetada com a dissonância do novo julgado com a posição já firmada pelos tribunais e com a necessidade desgastante e duradoura de interposição de recursos ao

---

<sup>1106</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a Necessidade de respeito aos Precedentes no Brasil. In: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*. Curitiba: n.47, 2008, p. 25.

<sup>1107</sup> SHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, p. 201.

<sup>1108</sup> “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*” *Corpus Iuris Civilis* 533, *Digesta* 1.1.10.

tribunal superior<sup>1109</sup>. A própria noção de justiça pode ser vista como uma demanda em que as diferenças de tratamento devem ser justificadas por meio de razões. Nesse sentido, é injusto tratar, de forma diferente, uma pessoa de outra, a menos que haja uma razão (uma boa razão, é claro) para fazê-lo. Se há uma razão, então não é injusto. Essas diferenças de tratamento devem ser justificadas por razões para que não se comprometa a exigência de igualdade<sup>1110</sup>. Na verdade, nenhuma concepção plausível da igualdade exige que absolutamente todos sejam tratados da mesma forma, mas apenas que as diferenças de tratamento devam ser justificadas por razões<sup>1111</sup>.

O juiz que contradiz sua própria decisão anterior ou a decisão dos seus tribunais, sem a devida fundamentação, parece não compreender seu papel dentro do sistema e narrar um puro paradoxo, ocultando o espaço de justiça e os valores que o processo busca preservar<sup>1112</sup>. A narração do direito a partir das respostas jurisdicionais dadas aos cidadãos não pode ser contraditória e deixar de compreender que o início do percurso processual só teve sentido por um desejo do suplicante de busca por igualdade jurídica. É certo que, nesse ponto, o Direito Penal ampara outras sensibilidades, já que é direito de sanção e não direito orientado ao exercício de direito<sup>1113</sup>, mas ele foi desencadeado pela indistinta e indiferenciada busca pela igualdade por parte da vítima ou da sociedade, representada pelo ensejo de imposição de pena de forma equânime àquele que rompeu com a paz social.

---

<sup>1109</sup> Nesse sentido, não se deve permitir o uso do processo judicial para protelar a entrega de um direito que, em tese, não comportaria mais discussão, uma vez que a matéria já tenha sido discutida e decidida em outro precedente (SOUZA, Victor Roberto Correa de. *A credibilidade de Tênis e a argumentação jurídica: medidas enjudiciais e extrajudiciais*. Brasília: CJF, 2016, p. 102).

<sup>1110</sup> Assim, decisões que apontam para soluções desiguais, para casos concretos semelhantes, afrontam o princípio da igualdade, se não houver um elemento diferenciador (de fato ou de direito) que o justifique (CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini. Ed. São Paulo: RT, 2015, p. 160).

<sup>1111</sup> STRAUSS, David A. *Must Like Cases Be Treated Alike? Chicago Public Law and legal Theory Working Paper, n. 24, The Law School The University of Chicago, The Social Science Research Network Electronic Paper Collection*, 2002. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract\\_id=312180](http://ssrn.com/abstract_id=312180). Acesso em 10. Jan. 2015.

<sup>1112</sup> Nesse sentido, MacCormick aduz que casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem ser decididos de maneira igual ou análoga aos casos passados. (MACCORMICK, Neil, *Retórica e o estado de direito*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 191).

<sup>1113</sup> DE GIORGI, Raffaeli. *Direito, Tempo e Memória*. Trad. de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2006, p. 148.

Em assim agindo, o juiz produz uma contrariedade entre o que se busca com a tutela pretendida perante o Estado–juiz (igualdade e segurança jurídica<sup>1114</sup>) e os significados por meio dos quais se apresentam decisões diametralmente conflitantes: insegurança e desigualdade. Importa para o processo e o seu fim que o juiz, ao se manifestar, possa, através de sua decisão – e no meio de tantas decisões possíveis -, provar racionalidade e coerência, fontes de segurança e igualdade jurídicas. O juiz não sacrifica seu talento e consciência nem perde a liberdade de julgar e de analisar criteriosamente o caso concreto, ao ter certa severidade de compromisso com a segurança e a igualdade, submetendo-se ao que já decidiu (salvo fundamentação justificadora<sup>1115</sup>) e atendo-se às decisões dos tribunais aos quais está subordinado. Por uma questão de logicidade e de preservação da previsibilidade, segurança e igualdade na prestação jurisdicional, bem como pela própria estrutura do sistema de produção de decisões, a vedação deve dizer respeito apenas à possibilidade de manifestação judicial, ainda que fundamentada, em desacordo com um caso idêntico já julgado pelo tribunal<sup>1116</sup>. O que aqui se persegue, portanto, não tem o defeito de certas regras absolutas<sup>1117</sup>, que trazem o drama da inflexibilidade, podendo se dividir a liberdade de alteração das decisões em duas hipóteses: o juiz pode alterar sua decisão anterior, tendo ela ou não contornos fáticos idênticos ao novo caso, utilizando a justificação apropriada, como também pode ele não seguir a decisão anterior do tribunal superior, ao apontar dessemelhança da hipótese que está sob análise.

Quando o juiz, conscienciosamente, decide casos iguais de forma desigual, não sobram restos de responsabilidade que possam preservar a credibilidade do seu dever, sendo que o julgar por sua consciência, por si só, apenas seria louvável, se não

---

<sup>1114</sup> E esta é, sem dúvida, “pressuposto fundamental da liberdade”. (ROXIN, Claus. Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão. In: Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias. Coimbra Editora, 2009, p. 465).

<sup>1115</sup> Recomendando-se recorrer à limitação imposta por Luhmann: “Tratamento igual vale como regra, da qual são possíveis exceções, quando a desigualdade de casos impõe-se. Tratamento igual é fundamento suficiente para si mesmo, tratamento desigual, ao contrário, requer fundamentação.” (LUHMANN, Niklas. The Code of Moral. In *Cardozo Law Review*, vol. 14, n 3-4. Nova York: Cardozo Law School, 1993, p. 996). Também de acordo com essa mesma compreensão: TEUBNER, Gunther. *Altera pars auditur: o direito na colisão de discursos*. In. Gunther Teubner et al. *Direito e Cidadania na pós-modernidade*. Piracicaba: Unimep, 2002, p. 211.

<sup>1116</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a Necessidade de respeito aos Precedentes no Brasil. In: *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, 2008, p. 27.

<sup>1117</sup> Até porque, “em todos os quadrantes do agir e pensar humanos, não há correntes absolutas” (COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 28).

tivesse, por consequência, uma imensa e profunda contradição<sup>1118</sup>. O sistema vinculante de precedentes da tradição da *Common Law* torna-o livre do embaraço da incoerência e da infidelidade dentro da própria estrutura do sistema, talvez uma das principais razões para a credibilidade, confiança e respeito dos juízes insulares<sup>1119</sup>, afinal, “a justiça só ganha sentido desde que o igual seja tratado igualmente e o desigual desigualmente”<sup>1120</sup>.

A invariabilidade das manifestações judiciais, as quais tratam, da mesma forma, casos similares, não elimina a capacidade dos juízes e tribunais inferiores de responderem às necessidades da diversidade e do pluralismo, sendo, pelo contrário, pressuposto para a estabilidade e a credibilidade do poder<sup>1121</sup>. O trato usual de obediência às decisões anteriores e o hábito de enxergar, nessas decisões passadas e já bem postas dentro do sistema, a influência necessária para a resolução dos casos futuros, ajudam-nos a perceber o sistema com razão, consistência e lógica<sup>1122</sup>. Em outros termos, a falta de previsibilidade, como resultado da ausência da necessidade de respeito aos precedentes, desalinha-se com a racionalidade da distribuição da justiça e a encaminha contra a efetividade da jurisdição<sup>1123</sup>. O sistema de precedentes evita a litigância em torno de

---

<sup>1118</sup> Assim, de forma incisiva, “dar decisões contrárias em casos iguais ou parecidos não seria direito, mas sim arbitrariedade e capricho” (EHRlich, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. In: MORRIS, Clarence (Org), *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 459).

<sup>1119</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a Necessidade de respeito aos Precedentes no Brasil. In: *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, 2008, p. 30.

<sup>1120</sup> COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 143.

<sup>1121</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit., p. 30.

<sup>1122</sup> Nesse sentido é que Habermas pontua que, para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos tem que satisfazer simultaneamente às condições de aceitabilidade racional e da decisão consistente. A segurança do direito, segundo atesta, deve ser garantida através de decisões consistentes, na fase de um sistema de normas suficientemente determinadas. Segundo o autor, se, por um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. Conclui: “o julgamento dos juízes, que decidem um caso atual, levando em conta também o horizonte de um futuro presente, alcançam validade à luz de regras e princípios legítimos” (HABERMAS, Jurgén. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 246). Tal posicionamento tem afinidade com o exposto por Faria Costa: “A hermenêutica jurídica não pode ser limitadamente concebida como o modelo da relação entre o passado e o presente. A aplicação do direito é também intencionalidade teleológica. É também projeção de uma leitura que ainda não se fez porque o texto só nasce do ato aplicador do direito. Nem de outra forma se poderia conceber a aplicação de uma pena. A aplicação como momento último de uma mediação plúrima é também chamamento do futuro ao presente” (COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 141).

<sup>1123</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a Necessidade de respeito aos Precedentes no Brasil. In: *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, 2008, p. 44.

situações fáticas repetitivas que sequer mereceriam amparo judicial<sup>1124</sup> ou que não seriam controvertidas se não fosse a desuniformidade jurisprudencial<sup>1125</sup>. Verdadeiramente, o uso de precedentes vinculantes gera previsibilidade quanto ao resultado de eventual confronto se apresentado ao Poder Judiciário e quanto à atitude a ser seguida por toda a sociedade tendo por referência os textos das normas e seu significado, conforme estabelecido nas decisões judiciais dos órgãos de cúpula<sup>1126</sup>. Isso porque, conforme nos ensina Castanheira Neves, “o direito se compreende a determinar as relações sociais e a ordenar a convivência comunitária”<sup>1127</sup>.

A cultura jurídica dos países continentais, entretanto, estabelece um círculo de preservação da livre e absoluta variabilidade das decisões judiciais, ao sacralizar retrocessivamente o discurso de que a obrigatoriedade aos precedentes seria uma infecção à liberdade de decidir do juiz. O desenvolvimento do constitucionalismo<sup>1128</sup> e a abertura cada vez mais abrangente dos tratados internacionais – especialmente a abertura decorrente dos movimentos integracionistas -, entretanto, torna, de algum modo, inconciliável a completa liberdade de julgar do juiz com os mais predicantes princípios da segurança

---

<sup>1124</sup> ALMEIDA JÚNIOR. João Mendes de. O ensino do direito. In: *Revista de Direito Público*, v. 20, p. 129-153, abr./jun. 1972, p. 133.

<sup>1125</sup> Isso porque, segundo acertadamente expõe Lima, “a expectativa da parte em receber tratamento similar a queloutro jurisdicionado na mesmíssima situação não só é legítima, como também fator de segurança jurídica, visto que o fato judicializado pode ter sido praticado apenas por consequências de uma pretérita orientação judicial” (LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 166). Verdadeiramente, a segurança jurídica preserva a previsibilidade do reconhecimento das consequências jurídicas dos atos e dos fatos concretos e a autoridade estatal não pode frustrar as expectativas constituídas por decisões passadas, no sentido tido como certo pelos jurisdicionados (Nesse sentido: ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais*. Curitiba: Juriá, 2012, p. 130-147). Nessa linha também o pensamento de Ávila: “dessa exigência de uniformidade aplicativa, decorrente da igualdade, podem ser deduzidos os elementos de confiabilidade e calculabilidade que compõem a segurança jurídica: de confiabilidade porque o dever de aplicação uniforme gera o dever de manutenção da mesma decisão para casos iguais, favorecendo a estabilidade e vinculatividade do Direito; de calculabilidade, visto que o cidadão pode prever a mesma solução para casos iguais, planejando suas atividades ao saber que, praticando o mesmo ato, a ele deverá ser atribuída idêntica consequência” (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 230).

<sup>1126</sup> CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini. Ed. São Paulo: RT, 2015, p. 159.

<sup>1127</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Método Jurídico*. In Polis, IV, Lisboa: Verbo, 2004, p. 220. Também nesse contexto, segundo Faria Costa, “as sociedades humanas potenciam não só o desenvolvimento do princípio da igualdade, mas também as condições para todos os seus membros inscreverem no ideário coletivo que as expectativas serão, eventualmente, realizadas, sempre através do cumprimento do referido princípio” (COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 264).

<sup>1128</sup> A gênese utópica do sistema da *Civil Law*, em imaginar um juiz autômato que pudesse viabilizar a realização do intento revolucionário, sobreviveu ao longo dos séculos, mesmo diante do diluir-se das principais características do sistema. O desenvolvimento do constitucionalismo e a transformação do exercício jurisdicional através da lapidação de regras abertas provocaram uma cartesiana cisão entre o modelo original de juiz continental e o seu correspondente contemporâneo.

jurídica e da igualdade, sobretudo porque as instâncias comunitárias reivindicam para os tratados constitutivos e para as normas comunitárias uma supremacia geral sobre os Direitos nacionais, inclusive sobre as respectivas Constituições. Pela primeira vez na história do constitucionalismo, vê-se contestada a supremacia da Constituição como lei fundamental, dentro da ordem jurídica do próprio Estado que ela mesma constitui<sup>1129</sup>. A primazia formal das normas constitucionais e das normas previstas em tratados internacionais, ao tornar o juiz capaz de eliminar, através do controle de constitucionalidade ou convencionalidade, normas de estrutura legal e infralegal, dá ao juiz o poder subversivo de desatender ao Poder Legislativo e, também não estando vinculado aos precedentes, de eliminar autoridade da própria cúpula do Poder Judiciário.

Quanto a tal temática, pontualmente, o sistema continental brasileiro, em específico, detém ainda a singularidade de ter todos os membros de sua estrutura judiciária como árbitros de constitucionalidade, já que o controle normativo de constitucionalidade pode ser feito por qualquer juiz ou tribunal e não apenas pelo Supremo Tribunal Federal<sup>1130</sup>. O juiz brasileiro tem franqueado, dentro de sua própria esfera de atuação, o papel de senhor absoluto e privativo da interpretação e conformidade constitucionais, tendo sobreposta à sua competência apenas os tribunais, os quais possuem a incumbência de, sendo o caso, retificar-lhes as decisões<sup>1131</sup>. Diferentemente do que acontece com a maioria

---

<sup>1129</sup> GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional - estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Malheiros Editores, 2001, p. 330. Nos Estados Unidos, entretanto, a clássica lição exposta em *Marbury vs. Madison*, segundo a qual a Constituição é um ordenamento fundamental superior, imutável por meios ordinários, ainda encontra-se assentada no sistema jurídico norte-americano. (MARBURY v. MADISON. Disponível em: <http://www.landmarkcases.org/marbury/home.html>. Acesso em: 25 out. 2009).

<sup>1130</sup> O sistema jurídico brasileiro permite aos juízes de primeiro grau exercer a autoridade suprema de determinar que as leis contrárias à Constituição não são leis, bem como de dar sentido à norma através de técnicas de interpretação conforme e de declaração parcial de nulidade, além de preencher as lacunas deixadas pelo legislador em face dos direitos fundamentais. A larga amplitude do poder do juiz continental brasileiro torna-o influente na vida inteira do sistema, formatando-a com um perfil em nada semelhante ao clássico juiz da tradição continental. O poder dos juízes dentro da estrutura do controle difuso de constitucionalidade é amplíssima, pois, além de o Poder Legislativo perder o seu comando sobre a legislação para cortes constitucionais, através do desempenho do controle concentrado, perde-o também para os juízes de primeiro grau. A autoridade difusa para desconsiderar os atos do legislativo torna o sistema, por razões óbvias, de tendências hostis à harmonização da jurisprudência, fato que compromete sua estabilidade, segurança e igualdade. Por isso se diz que o sistema jurídico brasileiro preocupa-se com a resposta jurisdicional, mas não com a segurança jurídica, acabando por acarretar mais incertezas (MACIEL, Adhemar Ferreira Maciel. Apontamentos sobre o Judiciário Americano. *Informativo Jurídico da Biblioteca Min. Oscar Saraiva*, v.6, n° 1, p. 1-70, jan./jul. 1994, p. 41).

<sup>1131</sup> No Brasil, parcela significativa dos juízes de primeiro grau de jurisdição e dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais não respeitam os precedentes do STJ. Esses tribunais e juízes sequer argumentam para deixar de aplicar uma decisão do Tribunal Superior. Uma mesma turma, não raras vezes, não mantém estável determinada decisão. Daí que a realidade brasileira, que convive com a correção da legislação a partir dos

dos países do sistema continental – incluídos, aqui, principalmente os europeus, onde o controle de constitucionalidade não é conferido aos juízes de primeiro grau, os magistrados brasileiros têm o poder-dever de exercer o controle de constitucionalidade, quando da análise de todos os casos concretos submetidos ao seu julgamento<sup>1132</sup>.

Acrescente-se, como incremento a tal inconsistência, que, entre todas as normas jurídicas, as de natureza constitucional conservam sempre um grau maior de abertura, já que as Cartas Constitucionais respondem a um ambiente de regulação de normas atinentes às mais variadas matérias, não havendo como, minudentemente, tratar das mesmas. É que a valoração de um aspecto ou outro do imenso espectro de direitos constante da Constituição torna a hermenêutica constitucional uma seara tão diversa, que é possível defenderem-se ideias completamente contraditórias dentro de um mesmo dispositivo. Em relação à Constituição, que é mais abrangente na dimensão material, pessoal e temporal, as divergências interpretativas acentuam-se, já que a ambiguidade intensifica-se e a vagueza amplia-se, por pressuporem maior multivocidade e implicarem divergências mais acentuadas na interpretação do texto<sup>1133</sup>. A ambiguidade, vagueza e plurivocidade da linguagem constitucional possibilita, assim, que várias interpretações inovadoras e improváveis sejam admissíveis como corretas<sup>1134</sup>. De fato, as questões

---

direitos fundamentais por qualquer juiz ou tribunal ordinário e com o emprego cada vez mais difundido de normas de conceito indeterminado, não pode adiar a teorização de um sistema de precedentes obrigatórios, capaz de dar a devida autoridade às decisões das Cortes (MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 62-63).

<sup>1132</sup> A realidade do sistema jurídico brasileiro torna-se, nesse aspecto, ainda mais complexa, pois a estrutura hierárquica da Justiça Comum (estadual e federal) do Poder Judiciário do Brasil dispõe de 4 (quatro) instâncias e 2 (dois) tribunais superiores, comportando, assim, um número maior de atores diferentes e, conseqüentemente, gerando um grande número de decisões diferentes em casos, mais ou menos, semelhantes. Atribui-se a conotação de jurisprudência lotérica (CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica. Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, vol. 78, p. 111) exatamente em referência à inexistência de racionalidade na atividade dos juízes e tribunais brasileiros, que se manifestam desordenadamente e desalinhadamente, dando um sem número de interpretações para os mesmos dispositivos e não sendo incomum ver-se o mesmo tribunal, mediante seus órgãos internos, sustentar posicionamentos opostos ou variar injustificadamente suas decisões em curtos espaços de tempo (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 165). No mesmo sentido: “no Brasil, a sorte dos litigantes fica muito ao sabor das frequentes mudanças das composições dos tribunais e das mudanças de entendimento decorrentes disso.” (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 298).

<sup>1133</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 205-206.

<sup>1134</sup> *Ibid.*, p. 211.

jurídicas, ao ganharem direta ou indiretamente um significado constitucional, carregam um forte potencial de conflito interpretativo<sup>1135</sup>.

No sistema puro de controle concentrado de constitucionalidade, não existindo a possibilidade difusa de limitar os atos do legislativo, ainda se fazem precisas a supremacia da lei e a estrita separação de poderes, presumindo, como válidas, as normas sobre os atos da magistratura, com ressalva da autoridade dos tribunais constitucionais. O juiz brasileiro, autorizado pelo sistema de controle difuso, tem, pois, o poder do juiz norte-americano de validar, incidentalmente, o controle de constitucionalidade das leis, mas, por outro aspecto, não está obrigado, como este último, a seguir a jurisprudência de sua Suprema Corte<sup>1136</sup>.

Deixar-se ao magistrado o poder-dever de anular os atos inconstitucionais do Poder Legislativo<sup>1137</sup> e, ao mesmo tempo, sob o pretexto de defesa de sua liberdade de julgar, permitir-se que o mesmo desconsidere as decisões dos tribunais superiores e burles a autoridade, é entregar, sem garantias, o destino da tutela jurisdicional à insegurança e à imprevisibilidade<sup>1138</sup>. A possibilidade de inobservância da lei pelo juiz<sup>1139</sup> – herança do

---

<sup>1135</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 30-33. Sobre a fluidez da norma constitucional, ver: PIRES, Lucas. Teoria da Constituição de 1976. A transição dualista. Coimbra: s. n., 1988, p. 47-67.

<sup>1136</sup> Na origem e também no desenvolvimento do *judicial review* norte-americano, é da própria essência da posição da Suprema Corte que ela seja um tribunal supremo e inacessível e, quando de seu pronunciamento, a sua decisão constitua, definitivamente, lei (a mais alta lei do país – *the highest law of the land*-) não podendo ser revogada senão através de reforma da Constituição (MUNSTERBERG, Hugo. *The Americans*. Londres: Willians and Norgate, 1905, p. 109). Daí que, em um sistema que não se vale do regime de precedentes vinculantes, não há lógica em permitir que todo e qualquer juiz possa fazer o monitoramento de constitucionalidade da lei, não havendo como conciliar esse papel com a missão da Suprema Corte de árbitro supremo das questões constitucionais. Nesse sentido, segundo Rui Barbosa, a Suprema Corte tem natureza de juiz supremo e sem apelo na questão de saber se qualquer dos outros dois Poderes excedeu à sua competência, sendo, pois, “o último juiz, o juiz sem recurso” (BARBOSA, Rui. *Discursos no Instituto dos Advogados Brasileiros*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004, p. 79).

<sup>1137</sup> Não se contesta aqui a legitimidade de tal poder, mas, em contrapartida, entende-se que o Judiciário deve estar empenhado em “proteger a liberdade do indivíduo contra um legislativo desproporcionado”. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional alemão tem-se responsabilizado em combater “com força e determinação os excessos do legislador, tendo eventualmente sido possível, com o seu contributo, manter as tendências securitárias no poder legislativo dentro de limites toleráveis”. (ROXIN, Claus. Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão, In: *Que futuro para o direito processual penal?* Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias. Coimbra Editora, 2009, p. 465).

<sup>1138</sup> De forma ainda mais perigosa, a instantaneidade de uma decisão liminar referenda o juiz, sem que este exorbite as atribuições que a Constituição e as leis lhe assinalaram, a esquecer a mais simples noção de sistema, ao desconsiderar, em um só instante e antes mesmo de qualquer ato de instrução, uma norma legitimamente editada pelo Poder Legislativo e já considerada válida anteriormente por seus tribunais, por exemplo. Essa é uma evidência que resulta necessariamente da competência do magistrado, inconcussa no sistema, de negar seguimento às leis que lhe reconhece o vício de inconstitucionalidade. Essa mesma subversão também pode comprometer os atos infr legais da Administração Pública, bastando que o juiz, por exemplo, em sede liminar, averbe de inconstitucional ou ilegal os atos da Administração os quais já foram também considerados válidos anteriormente pelos tribunais. Rui Barbosa pontuou, em um discurso realizado



impacto do constitucionalismo no sistema da *Civil Law* – representou uma quebra de paradigma que exige uma transformação do próprio modo de exercício da jurisdição: a embrionária orientação jurídica de simples reafirmação da supremacia da lei (subordinação do Estado à lei) transviou-se em observância da subordinação da própria lei à Constituição, o que significa não mais declarar a vontade da lei, mas conformar a lei à essência da Constituição.

Assim, o modo de atuar do juiz continental amadureceu a ponto de fazê-lo desempenhar atividade que, a um só tempo, contrasta com exercício jurisdicional clássico do juiz da *Civil Law* e se formata como tão criativa quanto a atividade do juiz da *Common Law*<sup>1140</sup>. No sistema jurídico norte-americano, é inconcebível que um órgão jurisdicional inferior desobedeça àquilo que a Suprema Corte já afirmou ser o Direito<sup>1141</sup>. Some-se a isso a incoerência em se permitir que o juiz de primeiro grau controle o significado e a

---

em 1911, uma das consequências dessa dinâmica, ao expor que “os cidadãos podiam arguir de ilegalidade ou inconstitucionalidade, nos tribunais, os atos do governo do imperador e se os tribunais os reconheciam incursos em uma ou em outra, a decisão mantinha o direito ofendido, autorizando a desobediência às medidas arbitrárias da coroa” (BARBOSA, Rui. *Discursos no Instituto dos Advogados Brasileiros*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004, p. 21).

<sup>1139</sup> Assim é que “o juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a Necessidade de respeito aos Precedentes no Brasil. In: *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, 2008, p. 34).

<sup>1140</sup> Assim é que, no Brasil, um juiz de primeiro grau possui o dissoluto poder de não se submeter à própria estrutura da qual faz parte, ao mesmo tempo em que pode negar a presunção e legitimidade democrática dos atos do Poder Legislativo. Verdadeiramente, o juiz, ao realizar a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere à lei sentido distinto do que lhe deu o legislador e, quando supre a omissão do legislativo diante de normas de conteúdo fundamental, ainda com mais evidência, superpõe-se ao próprio legislador. Nesse sentido, quanto a este último aspecto (suprir a vontade do legislador), se o juiz deve controlar a atividade legislativa, analisando a sua adequação à Constituição, é pouco mais que evidente que a sua tarefa não deve se ater apenas à lei que viola um direito fundamental, mas também à ausência de lei que não permite a efetivação de um direito desse porte (MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a Necessidade de respeito aos Precedentes no Brasil. In: *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, 2008, p. 35).

<sup>1141</sup> Nesse sentido, em um sistema que realmente se preocupa com a previsibilidade não pode admitir que, depois da pronúncia da Corte Suprema, as condutas possam ser avaliadas ao sabor dos casos e conforme a opinião de cada juiz (GOODHART, Arthur L. *Precedent in English and Constitutional Law. Law Quarterly View*, vol. 50, 1934, p. 40). A assimilação do sistema constitucional brasileiro do *judicial review* norte-americano gerou, como consequência, a hipótese cotidiana e irracional de uma mesma lei ser normalmente aplicada por alguns juízes e tribunais - por entendê-la constitucionalmente válida - mas, em uma mesma época e instante, não ser aplicada por outros juízes ou tribunais que a julgarem eivada de vícios de inconstitucionalidade (MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit., p. 35). O sistema existente na Justiça Federal brasileira torna o exercício jurisdicional ainda mais inidôneo e lesionante à mais básica acepção de segurança jurídica e de igualdade: há, em um mesmo juízo, dois juízes (um titular e um substituto), com idêntica competência e distribuição, podendo ocorrer (e normalmente isso ocorre) de, em um mesmo dia, um mesmo juiz de uma determinada vara não aplicar uma lei, por entendê-la inconstitucional, enquanto um outro juiz, da mesma vara, aplicar a mesma lei, por entendê-la constitucional.

validade da norma frente à Constituição, quando essa atividade representa a principal missão das cortes superiores<sup>1142</sup>.

Não se está a negar, aqui, o papel essencial do juiz como guarda professor da lei, capaz de se contrapor, permanente e irredutivelmente, aos arbítrios do Governo e aos excessos da maioria do Legislativo; está-se apenas a demonstrar que o juiz continental, tendo aproximado sua tarefa, na atualidade, quase identicamente à tarefa exercida pelo juiz da *Common Law*, precisa assumir as mesmas amarras existentes nos países dessa última tradição, especialmente, no que diz respeito à imprescindibilidade de um sistema de precedentes vinculantes, sendo este, portanto, não só compatível com o regramento da *Civil Law*, mas, muito pelo contrário, para ele necessário.

É da natureza de um sistema legal a disposição de regras gerais que se apliquem a diferentes pessoas em diferentes ocasiões, sendo, entretanto, a própria previsão de tais regras, intuitiva no sentido de que, em casos semelhantes, pressupõe-se a necessidade de resultados semelhantes a serem extraídos da norma. Se vários casos submetidos a julgamento não forem tratados uniformemente, ao se imporem sentidos diferentes em relação às mesmas regras que os preveem, essas regras deixam de manter o intuito para o qual foram criadas e o mesmo pode-se dizer em relação a todo o sistema legal<sup>1143</sup>. Uma forma mínima de justiça, dentro do funcionamento de um sistema legal, está ligada à própria noção de uma norma jurídica geral aplicada com um mínimo de coerência e de regularidade pelas instâncias jurisdicionais.

O sistema de precedentes pode representar uma saída mais imediata para tentar garantir que não só os casos iguais sejam tratados da mesma forma, mas também para deixar clara a noção de que, como os casos devem ser tratados da mesma forma, as

---

<sup>1142</sup> Assim, segundo Cappelletti, as regras, hipóteses e resultados do sistema norte-americano de controle de constitucionalidade é inconciliável com o regime continental de ausência de obrigatoriedade de precedentes, em que tudo muda constantemente. Os princípios que formam a estrutura do sistema brasileiro, que funde os controles difuso e concentrado, não podem apresentar resultados satisfatórios sem a adoção de decisões com efeito vinculante. No controle difuso – diante de sua superioridade em face do controle concentrado, particularmente, em relação ao Brasil – torna-se inevitável adotar um sistema de precedentes constitucionais de natureza obrigatória. O *stare decisis* acaba conferindo à decisão de inconstitucionalidade da lei, ainda que indiretamente, eficácia *erga omnes*. Sacraliza-se uma real transformação da decisão que seria mera *cognitio incidentalis* de inconstitucionalidade com eficácia restrita ao caso concreto em pronunciamento resguardado de eficácia *erga omnes* (CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Imprensa: Milano, A. Giuffrè, 1979, p. 62).

<sup>1143</sup> Nesse sentido, os Tribunais Superiores possuem a função monofilática de resguardar a integridade da lei – e, por consequência, de todo o sistema jurídico – ante a concretização de seu comando tal qual estabelecido no direito positivado. Nesse sentido: CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini. Ed. São Paulo: RT, 2015, p. 156.

diferenças de tratamento devem ser justificadas, isto é, se os casos são tratados de forma diferente, tem de haver uma razão legítima e justificada para a diferença de tratamento<sup>1144</sup>. Essa intuição é reflexo de uma outra obviedade: a de que deve haver uma razão para o tratamento de pessoas iguais de forma diferente. Essas razões, embora, muitas vezes, evidentes, são também contingentes, podendo, pouco depois de serem levantadas, não mais haver espaço para que sejam expostas de novo, tudo estando a depender das circunstâncias particulares dos casos em análise e não havendo, portanto, uma justificação geral para identificá-los como casos a serem tratados igualmente.

Nessas circunstâncias, é imperioso que o sistema jurídico exija dos juízes e tribunais que os mesmos ajam de uma maneira consistente com os objetivos de igualdade e de segurança perante a lei, o que só será possível através da previsão de um sistema de precedentes vinculantes. Em qualquer sociedade complexa, haverá leis e instituições que muitos indivíduos consideram inadequados, não sendo provável que exista um único indivíduo que esteja de acordo com todas as regras às quais ele está submetido. Da mesma forma, acontece com os juízes, com o imenso diferencial de que a opinião deles leva a um sério problema de ordem prática comum: tornar as leis aplicáveis para uns e inaplicáveis para outros.

Mas o que precisa ficar assente é que o juiz não pode julgar livremente sob a escusa de que, se for o caso, um tribunal de apelação derrubará sua decisão em desconformidade com a jurisprudência já pacificada; ele teria uma obrigação inicial com a uniformidade do sistema, plano que só pode ser alcançado com a utilização do mecanismo de precedentes vinculantes, cujas orientações reduziriam profundamente essas dissonâncias e disparidades<sup>1145</sup>. De fato, a principal aspiração da implantação do sistema de precedentes

---

<sup>1144</sup> Isso significa que se deve buscar “a consideração e ponderação semelhante dos fatores que se apresentem como semelhantes, em situações semelhantes apresentadas perante o tribunal, assim como a adoção de semelhantes fundamentações para a adoção de sentenças” (SACAU, Ana; RODRIGUES, Andreia. *Reflexões sobre o papel da experiência do juiz na tomada de decisões judiciais*, JULGAR Associação Sindical do Juízes Portugueses, Wolters Kluwer, N.º 8, 2009, p. 159).

<sup>1145</sup> A unidade do sistema jurídico fica de fato comprometida, se não estiver integrada à uniforme e reiterada interpretação atribuída pela jurisprudência aos textos normativos (CIMARDI, Cláudia Aparecida. A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini. Ed. São Paulo: RT, 2015, p. 160). A igualdade, aliás, pressupõe unidade do ordenamento jurídico e exige o vínculo dos tribunais a uma instância interpretativa unificada, no plano da concretização do direito, já que, sendo o direito o mesmo, o seu conteúdo e o seu cumprimento não podem variar de acordo com a localidade, o caso ou a esfera de poder (ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais*. Curitiba: Juriá, 2012, p. 133). O sistema de precedentes serve, assim, como meio de controle da unidade e da coerência ao ordenamento jurídico, o que propiciaria isonomia e segurança aos

na tradição da *Civil Law* é simplesmente a de tentar reduzir as disparidades, formando um corpo jurisprudencial relativamente uniforme e aumentando a chance de que casos iguais sejam tratados de forma igual.

A desnecessidade de seguir a jurisprudência anterior e de, no mínimo, justificar o não seguimento da mesma, parece claro, produz mais desuniformidade. Através do sistema de precedentes, as decisões podem ser coordenadas mais facilmente pela organização hierárquica, cujo reflexo nas instâncias inferiores será a diminuição da variação entre as decisões e, conseqüentemente, uma propensão de respeito à segurança jurídica, previsibilidade e igualdade. A utilização dos precedentes permite e pode conduzir à estabilidade do Direito, fornecendo uma base para que o operador jurídico possa prever a decisão que a Corte deverá tomar<sup>1146</sup>.

A lógica do sistema de precedentes atém-se, além da estabilização da demanda em andamento, à estabilidade do sistema em relação aos casos futuros<sup>1147</sup>. As cortes, inferiores ou superiores, devem ser aptas a fazer prevalecer suas decisões não só sobre o caso em análise – o que seria lógico pela própria estruturação hierárquica e pelo sistema recursal – mas também sobre si e sobre os demais juízes, perante todos os casos futuros. A exigência de um sistema de precedentes, também para os países de tradição continental, parte da compreensão de dar sentido às funções das cortes superiores e de trazer estabilidade às decisões dos diferentes graus de jurisdição, como forma de garantir uniformidade ao sistema. A busca por uma certa uniformidade e respeito às decisões anteriormente produzidas pelo próprio Judiciário têm o escopo de garantir a igualdade das situações de vida e dos comportamentos postos em valoração perante o Judiciário<sup>1148</sup> e dar

---

cidadãos, e por conseguinte, maior confiança na Justiça. (SOUZA, Victor Roberto Correa de. *A credibilidade de Têmis e a argumentação jurídica: medidas enjudiciais e extrajudiciais*. Brasília: CJP, 2016, p. 102).

<sup>1146</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. O ensino do direito. *Revista de direito público*, v. 20, p. 129-153, abr./jun. 1972, p. 133.

<sup>1147</sup> O refúgio ao sistema de precedente move-se sempre para o raciocínio das decisões passadas. Assim, a perspectiva que o sistema de precedentes tradicionalmente arremonta centra-se, normalmente, no uso de precedentes produzidos no passado em decisões do presente. Essa expectativa, porém, deve inclinar-se, de forma não menos importante, para um argumento que enxergue a necessidade do precedente como decisão de hoje para aqueles que forem julgar os casos de amanhã. Desse modo, “*today is not only yesterday’s tomorrow; it is also tomorrow’s yesterday. A system of precedent therefore involves the special responsibility accompanying the power to commit the future before we get there*” (SCHAUER, Frederick. *Precedent*, *Stanford Law Review*, 1987, p. 572). Também nesse mesmo sentido: “*As I have remarked elsewhere, the requirement of formal justice has a forward-looking as well as a backward-looking application*” (MacCORMICK, Neil. *Why cases have rationes and what these are, in Precedent in Law*, Oxford: Clarendon Press, 1987. P. 161).

<sup>1148</sup> Nesse sentido, segundo o tom preciso de Faria Costa, tal axioma constitucional nos oferece o significado de que “em igualdade de circunstâncias, um determinado comportamento, um comportamento

segurança e previsibilidade à resolução das situações jurídicas. O direito vigente deve garantir, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica; de outro lado, os processos racionais de normatização e da aplicação do direito prometem a legitimidade das expectativas de comportamento assim estabilizadas<sup>1149</sup>.

Um outro aspecto que se levanta, quando do enfrentamento do tema da desuniformidade das decisões judiciais, diz respeito ao debate público e democrático acerca do acertamento ou não delas. Quando as decisões são uniformes, promove-se naturalmente a deliberação pública relativa, por exemplo, ao *quantum* da pena de uma condenação criminal, pois as pessoas têm uma ideia clara de quais penas são impostas<sup>1150</sup>. Em um regime caracterizado pela desuniformidade, impede-se, de uma certa forma, o desenvolvimento de um debate a respeito do tema, por não se estar com contornos

---

juridicamente relevante, um comportamento jurídico-penalmente relevante (...) merecerá o mesmo tratamento independentemente de quem o tiver praticado”. (COSTA, José de Faria. O princípio da igualdade, o direito penal e a Constituição. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, nº 100, Jan./Fev.2013, p. 231).

<sup>1149</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 245-246).

<sup>1150</sup> Veja-se que, neste aspecto, alguns entendimentos apontam como uma das finalidades da aproximação das penas evitar que os autores beneficiem-se do fato destas terem previsão muito diferente entre os Estados, impedindo o deslocamento de um Estado para outro com a finalidade de eximir-se de ações penais ou de execução de penas. Sobre esse objetivo, *vide*: WEYEMBERGH, Anne. *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions'* (2005) 42 *Common Market Law Review*, Issue 5, p.180; VERMEULEN, Gert. *Where do we currently stand with harmonization in Europe. Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law*, Edited bij Andre Klip and Härmen van der Wilt, Amsterdam, 2002, p.73; PERRON, Walter. *Perspectivas de la unificación del derecho penal y del derecho procesal penal en el marco de la Unión Europea*, en AA. VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ediciones del puerto, Bs. As., 2005, p. 17-19; VAN DER WILT, Harmen. *Some critical reflections on the process of harmonization of criminal Law within the European Union. Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law*, Edited bij Andre Klip and Härmen van der Wilt, Amsterdam, 2002, p. 78; BERNARDI, Alessandro. *Opportunità de l'harmonisation, in L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*. Société de législation comparée, 2003, pp. 451-463; BERNARDI, Alessandro. *L'harmonisation des systèmes européens de sanction en matière de circulation routière*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2006, p. 831-845; BERNARDI, Alessandro. *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quaderni fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 31 (2002), tomo II, p. 471-576. *Una versione modificata dello stesso lavoro è stata pubblicata nella collana "Itinerari di Diritto penale"*, sezione "Saggi", Torino, Giappichelli editore, 2004, p. 114; BERNARDI, Alessandro. *Armonizzazione in ambito europeo dei processi di criminalizzazione primaria*, in *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Milano, Giuffrè editore, 2005, p. 485-487. Aduzindo que a diferença entre as penas constitui o principal obstáculo ao reconhecimento mútuo e à cooperação: VOGEL, Joacquin. *Cooperación penal: cinco tendencias. Cinco propuestas para una acción futura*, in *El Derecho penal de La Unión Europea*, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla – La Mancha, 2006, p.163. Também no sentido de que se evidencia uma ampla divergência entre os sistemas penais dos Estados-Membros da Comunidade Europeia no que tange aos tipos penais e às penas, cenário que pode comprometer o funcionamento da Comunidade e que requer, por isso, a harmonização das sanções penais: GRASSO, Giovanni. *La formazioni di un diritto penale dell'Unione Europea, Prospettive di un diritto penale europeo*, *Atti del seminario organizzato del Centro di diritto penale europeo Catania*, março de 1997, Catania, Dott. A. Giuffrè Editore, 1997, p. 12.

claramente definidos. A aplicação uniforme de decisões judiciais facilita o funcionamento dos processos democráticos, que podem corrigir erros na aplicação e na interpretação da norma<sup>1151</sup>.

Ainda um outro motivo que pode insistir para que os juízes sigam os precedentes e tratem, como iguais, casos iguais é o fato de que, se não o fizerem, há uma maior chance de que eles estejam agindo de forma arbitrária, discriminatória, por capricho ou com base em ilegítimas considerações de cunho pessoal<sup>1152</sup>. Do mesmo modo, talvez a preocupação real sobre a desuniformidade de orientações sentencias diferenciadas será a de que elas resultem não da variação de avaliações interpretativas, mas de motivos íntimos não permitidos. Essa necessidade de justificação demonstra que tratar casos iguais é considerado um aspecto do Estado de Direito. Uma das ideias por trás do Estado de Direito é a de que os preconceitos pessoais dos agentes do Estado, bem como suas preferências, não devem afetar a forma como a lei é aplicada. Assim, além de tudo que foi exposto acima, a necessidade de apego aos precedentes pode agir como uma norma institucional profilática, voltada a diminuir a possibilidade de uma ação arbitrária ou discriminatória e a evitar a tomada de decisões tendenciosas, sob o manto de uma suposta análise minuciosa do caso concreto<sup>1153</sup>.

O juiz continental parece que se mantém inteiramente livre dentro do amplo espaço oferecido pela norma e, sem nenhum balizamento imposto pelos tribunais, não consegue equacionar adequadamente o alto grau de incerteza do direito positivo contemporâneo<sup>1154</sup>. Na proporção em que o direito vigente não é suficiente para a

---

<sup>1151</sup> STRAUSS, David A. *Must Like Cases Be Treated Alike?*, *Chicago Public Law and legal Theory Working Paper n. 24, The Law School The University of Chicago, The Social Science Research Network Electronic Paper Collection*, 2002. Disponível em [http://ssrn.com/abstract\\_id=312180](http://ssrn.com/abstract_id=312180), Acesso em: 10 jan. 2015.

<sup>1152</sup> Na *Harvard Law Review*, podemos encontrar referências a tais aspectos: “o respeito ao precedente estimula a Corte a ser justa, lembrando que a justiça deve tratar igualmente os casos iguais. Tal doutrina reafirma ao público que a decisão da Corte não é arbitrária e que a corte é limitada por precedentes que são obrigatórios sem considerar a personalidade de seus membros” (*Constitution Stare Decisis, Harvard Law Review*, v. 103, n 6, 1999, p. 1349). Também assim, na medida em que “o resultado de um processo judicial pode ser explicado pelos interesses (...) e pela estrutura da personalidade dos juízes, a prática da decisão já não é mais determinada pela seletividade (...) do fundamentado do direito” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 249).

<sup>1153</sup> Nesse sentido: STRAUSS, David A. *Must Like Cases Be Treated Alike?*, *Chicago Public Law and legal Theory Working Paper n. 24, The Law School The University of Chicago, The Social Science Research Network Electronic Paper Collection*, 2002. Disponível em [http://ssrn.com/abstract\\_id=312180](http://ssrn.com/abstract_id=312180), Acesso em: 10 jan. 2015.

<sup>1154</sup> E, precisamente como atesta Faria Costa, “a certeza jurídica é, indubitavelmente, um elemento sem qual a própria justiça se não realiza” (COSTA, José de Faria. O princípio da igualdade, o direito penal e a Constituição. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, n. 100, Jan./Fev. 2013, p. 237). Conforme

determinação precisa de um estado de coisas, o juiz parece decidir conforme seu próprio arbítrio<sup>1155</sup>. Pode o juiz extrair, quase que arbitrariamente, de uma infinidade de sentidos dos textos normativos, a decisão concretizadora. O paradoxo de vínculo e liberdade do juiz perante a lei, proposto por Derrida, parece demonstrar isso: “para ser justa, a decisão de um juiz, por exemplo, não deve somente seguir por exemplo uma regra de direito ou um lei geral, mas deve assumi-la, aprová-la, confirmar-lhe o valor, por um ato reinstaurador, como se, no limite, a lei não existisse dantes, como se o próprio juiz a inventasse a cada caso.”<sup>1156</sup> Assim é preciso compreender que a delegação em favor do juiz do preenchimento desse espaço de incerteza da norma pode funcionar como a concessão de um poder arbitrário no interior da discricionariedade judicial. E está exatamente nesse ponto o fundamental papel da doutrina dos precedentes vinculantes: ela reclama, pelos seus próprios termos e pela sua própria concepção, decisões semelhantes para casos semelhantes, de modo a impedir qualquer desigualdade arbitrária em prejuízo do jurisdicionado e da própria administração da justiça<sup>1157</sup>.

Esse contínuo controle de consistência das manifestações judiciais, a qual aqui se defende, não impede, obviamente, que o juiz possa decidir em desacordo com o seu tribunal ou mesmo em desconformidade com sua própria decisão anteriormente proferida nos casos diferenciados<sup>1158</sup>. O que se prega é que o juiz continental deve estar disposto a

---

atesta Cattaneo, os princípios da certeza do direito, ao lado da clareza da lei e da codificação constituem a matriz da racionalidade do pensamento jurídico iluminista e, no direito penal, “a exigência primária é a certeza do direito” (CATTANEO, Mario A. *Iluminismo e legislazione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1966, p. 73).

<sup>1155</sup> E, segundo Hart, o juiz preenche seu espaço de arbítrio através de preferências não fundamentáveis juridicamente e às vezes orienta suas decisões por padrões morais, que não são mais cobertos pela autoridade do direito (HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes, 5. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 51).

<sup>1156</sup> DERRIDA, Jacques. *Force de Loi – Lê Fondement musique de l’authorité*. Paris: Galilée, 1994, p. 50.

<sup>1157</sup> Nesse exato sentido: SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006 p. 306.

<sup>1158</sup> Atenha-se, aqui, pois, que não há mal nenhum em variar as opiniões ou entendimentos, quando, para tanto, há justificativa fática ou jurídica, principalmente, se decorrentes da mutação da realidade social, já que “debaixo do céu, tudo obedece a essa eterna lei de transmutação incessante das coisas.” (BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa, V.. XLV – 1918 – t. IV – Questão Minas vs. Werneck*, Rio de Janeiro, MEC/FCRB, 1980, p. 203). Assim, também a reflexão do jurista brasileiro em uma outra obra: “Não mo tenha mal os imutáveis. Deus os desencrue. Deus os reverta da pedra e cal em homens. Deus os ensine a mudar. Porque todo o aprender, todo o melhorar, todo o viver é mudar. De mudar nem mesmo o céu, o inferno ou a morte escapam. Mudar é a glória dos que ignoravam, e sabem, dos que eram maus, e querem ser justos, dos que não se conheciam a si mesmos, e já melhor se conhecem, ou começam a conhecer-se. O que, no mudar, se quer, é que não se mude para trás, nem do bem para o mal, ou do mal a pior. Se me achassem, hoje, menos tolerante, menos liberal, menos amigo da justiça, menos dedicado às leis, menos humano, menos dado ao trabalho, menos cristão do que ontem, aí sim, bem era que mo imputassem a culpa, vergonha, ou

fazer emergir um novo comportamento, devendo, em tais situações de casos diferenciados, agir como o juiz insular age nas hipóteses de *distinguish*, desidentificando o caso concreto em relação ao precedente, isto é, fazendo evoluir o seu direito através da diferenciação do caso que está para julgamento<sup>1159</sup>. Da mesma maneira, o juiz não está obrigado a manter, com regularidade eterna, suas decisões, podendo, mesmo em casos idênticos, julgar em desacordo com o que anteriormente decidiu, desde que haja uma razão para tanto e que as prove, através de adequada fundamentação, o motivo pelo qual está modificando seu entendimento original. O juiz deve operar de modo que torne visíveis tanto as razões que o levaram a decidir o novo caso quanto as distinções em relação ao caso anteriormente julgado por si mesmo ou pelos tribunais, isto é, a decisão deve ser sustentada por argumentos que a distingam das decisões anteriores que lhe servem de paradigmas.

A ampla e livre ponderação fática e jurídica de cada caso concreto posto como poder dos juízes continentais, sem outras balizas que não o abstrato e genérico comando legal, parece trazer de volta os antigos juízos de consciência e equidade da antiga jurisdição real inglesa, inconcebíveis nos dias atuais, mesmo nos países de cultura jurídica anglo-saxã<sup>1160</sup>. O distancimento do juiz de primeiro grau da jurisprudência de seus

---

crime. Mas, em todos esses pontos, é sempre do menos para o mais, suponho eu, do mal para o bem, ou do bem para o melhor que tenho mudado, ou feito por mudar” (BARBOSA, Rui. Obras Completas de Rui Barbosa, Vol. XVI – 1889 – t. I – Queda do Império, Diário de Notícias. Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Saúde, 1947, p. LXXXVI).

<sup>1159</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a Necessidade de respeito aos Precedentes no Brasil. In: *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, 2008, p. 27.

<sup>1160</sup> O excesso de formalismo das jurisdições reais somado ao desapego quanto à questão substancial dos casos julgados acabaram por gerar a dissolução de diversas controvérsias sem uma adequada e justa resolução. A não previsão de uma determinada espécie de *writ* que, previamente, fosse destinada a uma determinada situação fática, por exemplo, impediria a propositura da ação correspondente (*no writ, no remedy*). Quando da coexistência das demais jurisdições em paralelo às jurisdições reais, a falta de aplicação de critérios justos de solução nos processos administrados pelos Tribunais de Westminster tornava-se menos perceptível ante as alternativas de busca das competências dos tribunais senhoriais, eclesiais, comerciais e dos Condados (*County Courts*). A paulatina derrocada dessas jurisdições passou a exigir alternativa apta a suplantar a falta de critérios justos das decisões dos tribunais reais. Nessas muitas hipóteses, a parte vencedora, inconformada com a injustiça da decisão, sentia-se legitimada a socorrer ao soberano para obter a pacificação do conflito de forma justa e ponderada. Assim, a partir do século XIV, as partes prejudicadas pela não admissão de competência pelos tribunais reais ou, em caso de admissão, pela falta de justiça da solução da controvérsia posta perante a jurisdição real, passaram a pleitear a intervenção real direta para que esse, soberanamente, julgasse o caso de forma equânime e sensata. O recurso sempre tinha a intermediação do chanceler, que filtrava, ao seu rigor e conveniência, os casos a serem verdadeiramente encaminhados ao rei para que este, através de seu Conselho, impusesse a justiça do caso concreto. O próprio *Lord Chancellor* passou, com o tempo, a exercer, sob os auspícios do rei e através das *Chancery Courts*, essa prerrogativa de julgamento com base em um juízo de consciência. Essa nova ponderação fática e jurídica de cada caso concreto posto excepcionalmente através de recurso nas mãos do rei recebeu a designação de *equity*, sendo, à época, entendida como uma justiça natural, racional, ajustada a cada caso concreto e, por esses fatores, mitigadora da inflexibilidade da regra geral. Segundo David, evita-se, na Inglaterra contemporânea, o



tribunais superiores (aqui incluídos os tribunais de segundo grau de jurisdição e as instâncias superiores), aos quais ele deveria estar minimamente vinculado, acentua o desprestígio da jurisdição de todas as instâncias e torna a prestação jurisdicional demorada, inefetiva e anti-isonômica.

O juiz de primeiro grau, à medida que se torna mais autônomo e, mais frequentemente, desatina-se do compromisso com a jurisprudência de seus tribunais, sob o pretexto de julgar sob a baliza exclusiva de sua própria consciência, passa a intervir erroneamente na resolução final dos conflitos, por não proporcionar uniformidade e estabilidade na aplicação do Direito. Longe de guiar-se por um medievo argumento de juízo de consciência<sup>1161</sup> e de equidade<sup>1162</sup>, o juiz deve orientar-se não só conforme o

---

emprego da palavra *equity* para designar o que atualmente se entende por equidade. Os ingleses preferem os termos *justice*, *fairness* ou *good conscience* (DAVID, Rene. *Os grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.375). O termo *equity*, portanto, teria significado meramente histórico, sem instituto correspondente atual.

<sup>1161</sup> Segundo Radbruch, a consciência era a fonte jurídica expressamente declarada pelo *Lord Chancellor*. O autor expõe uma crítica à *equity* inglesa feita por John Selden, político, jurista e historiador do Direito inglês. Dizia que o Direito apresenta uma medida em que se pode confiar, mas fazer da consciência do chanceler a medida da equidade é o mesmo que considerar o pé do chanceler como medida do comprimento. O juízo de consciência de cada chanceler varia tanto quanto o pé de cada um. (RADBRUCH, Gustav. *O Espírito do Direito Inglês e a Jurisprudência Anglo-Americana*.(Coleção Abdconst) Trad. Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2010, p. 54). A ironia retratada por Radbruch pode ser lida, nas próprias palavras do autor John Selden, na obra *Table talk*, nos seguintes termos: “*Equity is a roguish thing. For Law we have a measure, know what to trust to; Equity is according to the conscience of him that is larger or narrower, so is Equity. This is all one as if they should make the standard for the measure we call a foot a Chancellor’s foot; what an uncertain measure would this be! One Chancellor has a long foot, another a short foot, a third an indifferent foot. This is the same thing in the Chancellor’s conscience*”. (SELDEN, John. *Table Talk, Being the discourses of John Selden, his sense of various matters of weight and high consequence relating especially to religion and state*. Londres: John Wilkie, 1777, p. 45). Verdadeiramente, como aponta Baker, o chanceler declaradamente agia por sua própria consciência para enxergar os problemas de quem não tinha sua causa admitida dentro da rigidez do sistema aplicado pelos tribunais do *Common Law*. Segundo o autor, para que não aparentasse que o chanceler utilizava-se de sua própria vontade, quando do julgamento supostamente através de sua consciência, o termo consciência foi, aos poucos, sendo substituído pelo termo equidade. (BAKER, J.H. *Introdução to English Legal History*. 3. ed. London: Butterworths, 1990, p.123, nota 200). O juízo de consciência dos julgadores, aliás, constitui conceito ético e indefinido. (RABASA, Oscar. *El derecho angloamericano. Estudio expositivo y comparado del Common Law*, México: Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 143).

<sup>1162</sup> Aristóteles desenvolveu o conceito de equidade (*epieika*), conotando-a com a função de atribuir validade à justiça do caso concreto perante a legislação formulada necessariamente de forma geral. Seria a equidade instrumento de restabelecimento da justiça a *summum ius* mostra-se *summa iniuria* – ou seja, quando na instância máxima do Direito ocorresse a mais grave injustiça, segundo as palavras de Cícero (CÍCERO, Marco Túlio. *De officiis* 1 Par. 33 g.A. (proverbium iam tritum sermone). (RADBRUCH, Gustav. *O Espírito do Direito Inglês e a Jurisprudência Anglo-Americana, Coleção Abdconst*. Trad. Elisete Antoniu., Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, , 2010, p. 53). Aristóteles faz, em seu livro, a definição precisa de equidade (*epieika*): A natureza da equidade está em corrigir a lei, quando essa é insuficiente em razão de sua universalidade. Quando a lei fala em termos gerais, e surge um caso de exceção à regra geral, é apropriado, desde que o legislador omita o caso e a definição geral esteja incorreta, corrigir a omissão, regulamentando-a com o próprio legislador o faria se tivesse previsto a ocorrência do caso. (ARISTÓTELES. *Dos Argumentos Sofistas, Ética a Nicômaco*. Trad. De Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003 capítulo 14). Segundo Radbruch, a equidade defendida por Aristóteles se dirige ao caso particular no esforço de, em contraste com a

comando legal, mas também conforme a jurisprudência de suas cortes, buscando uma satisfatória uniformidade dos precedentes e contribuindo, conseqüentemente, para o tratamento isonômico dos jurisdicionados, bem como para a segurança, previsibilidade e estabilidade do sistema jurídico.

O propósito apontado para a presente tese de constituição de elementos normativos mínimos de determinados injustos penais internacionais e de criação de um instrumento uniforme de cooperação penal internacional entre os diversos países resta incompleto e deficiente se todas as decisões dos tribunais, inferiores ou superiores, não tiver uma carga de vinculação, tanto para eles próprios, quanto para os juízes de primeiro grau. A realidade de que os juízes e tribunais podem livremente decidir sem nenhuma reverência ou consideração aos precedentes dos tribunais inferiores e superiores torna inócua a intenção de se criar uma identidade jurídica comum e harmônica que subsidie uma estrutura judiciária cooperativa uniforme. De modo que a aplicação de um sistema de precedentes, através da limitação imposta por balizas jurisprudenciais anteriores, apresenta-se, assim, como realidade imprescindível para a consecução de qualquer propósito de harmonização e cooperação penal comum entre os países.

Assim, mesmo diante de uma exigente realidade, o sistema da *Civil Law* não se desfez da falsa premissa de que a lei basta, por si só, para garantir a segurança jurídica, continuando a relegar o juiz a mero observador da lei e não dos precedentes jurisprudenciais. Quando se compreendeu como verdade que a lei é interpretada das mais diversas e contraditórias maneiras, utilizando-se, muitas vezes, decisões divergentes para casos idênticos, dever-se-ia ter aceito que a segurança jurídica só estaria preservada com o balizamento da igualdade entre as decisões judiciais, fato que resta incomensuravelmente espancado, se não houver o respeito judicial aos precedentes. O sistema insular preservou a previsibilidade e segurança jurídica, ao admitir a teoria do *stare decisis*, a qual volta-se a

---

fraseologia geral da lei, dar uma forma concreta condizente com o caso específico, de acordo com a ideia de trabalho do legislador. (RADBRUCH, Gustav. *O Espírito do Direito Inglês e a Jurisprudência Anglo-Americana*. (Coleção Abdconst). Trad. Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2010, p. 94). A utilização da *equity* era vista como uma forma de, no caso concreto, restabelecer a justiça e a moral social maculadas por uma decisão jurisdicional injusta, já que, como visto acima, o excesso de rigidez e de formalismo era uma nota característica das *forms of action* das cortes da *Common Law*. Percebia-se um traço de justiça divina, já que o rei, ao aplicá-la, exercia nada mais que sua prerrogativa de misericórdia e de boa consciência obtida a partir de uma legitimação divina. O soberano era considerado o depositário do poder supremo, por ter sido investido na coroa diretamente por Deus. Apenas a partir do século XVIII, com a afirmação das teorias democráticas, esse destinatário passa a ser o povo e não o rei.

preservar o postulado de que casos iguais devem ser tratados da mesma maneira<sup>1163</sup>. Antagonicamente, amparada pelo equívoco do postulado da aplicação estrita da lei, o sistema continental não conseguiu ser fiel à segurança jurídica, sendo premente a necessidade de adequação deste ao sistema de precedentes vinculantes.

Os tribunais e juízes continentais não se preocupam em lidar com o ônus argumentativo que as decisões dos tribunais superiores ou, até mesmo, que suas próprias decisões lhes dão<sup>1164</sup>. Aliás, muitas vezes são os próprios tribunais, que desrespeitam suas próprias decisões, causando grave insegurança e um sentimento de desconfiança nos jurisdicionados<sup>1165</sup>. Diante da análise realizada, conclui-se que o direito continental carece da construção de uma respectiva teoria dos precedentes judiciais, sem a qual o sistema jurídico fica desprovido de fechamento, ocasionando grave falta de racionalidade e consistência – o que, por sua vez, abre as portas para o arbítrio e para insegurança, deslegitimando o Direito<sup>1166</sup>.

Não se tem, aqui, entretanto, uma auspiciosa predisposição ao atingimento de uma absoluta uniformidade das decisões judiciais. Decerto que tal intento não seria desejável e, antes, sequer seria alcançável. Claro que não há, no mundo, a possibilidade de existir um sistema jurídico em que seja verdade que a aplicação de uma regra possa ser feita de modo absolutamente uniforme e consistente por todas as instâncias

---

<sup>1163</sup> Sobre a importância da *stare decisis* na previsibilidade de tomada da decisão judicial: KORT, Fred. "Content Analysis of Judicial Opinions and Rules of Law", chapter 6 in Glendon Schubert (ed.), *Judicial Decision-Making*, 1963; SHAPIRO, Martin. *Stability and Change in Judicial Decision-Making: Incrementalism or Stare Decisis?* 12 *Law in Transition Quarterly*, 1965, p. 134; GREEN, Edward. *The Effect of Stimulus Arrangements on Normative Judgment in Award of Penal Sanctions*, 31 *Sociometry*, 1968, p. 125; e BECKER, Theodore L. *The Fall and Rise of Political Scientific Jurisprudence: Its Relevance to Contemporary Legal Concepts*, 1 *Law and Society Review* 15, 1967, p. 18.

<sup>1164</sup> As normas com maior grau de generalidade e abstração, para se transubstanciarem no plano prático, demandam um movimento progressivo de particularização – saindo do geral-abstrato para o individual-concreto – que parte da Constituição originária e finda com a norma individual e concreta (a sentença). Esse dinamismo gradativo de particularização, partindo do escalão superior (a Constituição) ao inferior (a norma individual e concreta, a sentença), vai diminuindo e limitando o poder de criação normativo. Assim, quanto mais específica e concreta uma norma, como é o caso da decisão anterior que consubstancia um precedente vinculante, maior o ônus argumentativo para quem dela pretenda se desviar. É fácil identificar a diferença entre o grau do poder de criatividade conferido para ao legislador ordinário, de um lado, e ao magistrado, de outro. Nesse sentido, segundo Müller, identifica-se que as normas mais concretas têm maior vinculatidade, porque o âmbito normativo já se mostra em um nível de delimitação muito mais elevado do que no preceito genérico e abstrato (MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 27-29).

<sup>1165</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, 137; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 99-100.

<sup>1166</sup> MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 160.

jurisdicionais<sup>1167</sup>. É resultado óbvio dos fatos da natureza humana percepções diferenciadas e contingentes de uma mesma situação ocorrida, o mesmo acontecendo com os diferentes resultados advindos de diferentes pontos de vista dos juízes e tribunais sobre um determinado fato ou assunto jurídico. Hogarth, aliás, associa a total uniformidade das decisões judiciais a uma verdadeira regressão a um Código Penal em que as decisões seriam preestabelecidas integralmente pelos estatutos, sem considerações precisas acerca das contingências concretas de uma determinada situação fática levada a julgamento<sup>1168</sup>, mas, na direção de ideias que são postas neste tópico, mesmo sabendo quão longe se está de uma completa uniformidade nas manifestações judiciais, deve-se ter como firme e incorrupta a aspiração de se atingir uma justiça penal baseada em uma igualdade de consideração das situações concretas - ou, nas irrevogáveis palavras de Faria Costa, “que se realize a justiça na cristalização da solução que o caso concreto suscitou”<sup>1169</sup> - sendo “a procura do justo uma tarefa sem fim, mas que vale a pena ser vivida”<sup>1170</sup>.

#### **9.4 – A manutenção do modelo iluminista de legitimação substancial da intervenção penal para a constituição de elementos normativos mínimos de determinados injustos penais internacionais e a criação de um mecanismo uniforme de cooperação penal internacional**

Como aspecto de fato incontestável, pode-se afirmar que não mais se paira em uma realidade tão somente atingida pelos horrores ocorridos durante os dois grandes conflitos armados mundiais, pois, já na presente época, são incontáveis os graves atentados praticados em face da vida humana ocorridos entre o final do século passado e início desse

---

<sup>1167</sup> Assim é que, segundo Faria Costa, “a ordem jurídica não é seguramente o reino de Babel (exasperação absoluta do dissenso), mas também não é, com igual esperança, um feudo de imposto esperanto universal (exasperação absoluta do consenso), mesmo que racionalmente construído por todos os homens” (COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 33).

<sup>1168</sup> HOGARTH, J. *Sentencing as a human process*, Canada: *University of Toronto Press in association with the Centre of Criminology*, 1971, p. 7. Vide, também: CHESTER, Simon; HOGARTH, John. “*Sentencing as a Human Process by John Hogarth: An International Review Symposium*”. *Osgoode Hall Law Journal* 10.1, 1972, pp. 233-280.

<sup>1169</sup> Magistralmente, conclui o professor: “(...) todo o *instrumentarium* dogmático só tem sentido e só se deve admitir enquanto meio idôneo para atingir a justiça” (COSTA, José de Faria. O princípio da igualdade, o direito penal e a Constituição, In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, n. 100, Janeiro-Fevereiro 2013, p. 237).

<sup>1170</sup> COSTA, José de Faria. *As Linhas Rectas do Direito*, Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2007, p. 36.

século. A sociedade internacional, através de cíclicas mudanças dos ordenamentos jurídicos<sup>1171</sup>, tem procurado, diuturnamente, atingir a finalidade de identificar, aprimorar e concretizar modelos de proteção penal internacional que possam superar o déficit de eficiência das instituições - nacionais e internacionais – no combate à criminalidade transnacional.

A formatação globalizadora da sociedade moderna originou novos modelos de criminalidade que se particularizam, principalmente, por constituírem transgressões supraestatais, desconhecedoras de limites fronteiriços e que geram danosidade social nos mais diversos espaços territoriais. Essa criminalidade transnacional é caracterizada por transpassar os limites geográficos de um determinado Estado, expandindo-se para além das fronteiras de outros Estados e se afastando dos modelos de criminalidade objeto de apreciação pelo Direito Penal clássico. A ausência de um sistema normativo internacional uniforme que controle e dê segurança e efetividade ao Direito de punir e que possa valer-se em face de condutas criminosas em âmbito transnacional, bem como a falta de normas conjuntas de cooperação penal internacional para o processamento desses crimes internacionais, tornam dificultoso o combate a essa criminalidade<sup>1172</sup>.

Conforme visto no decorrer deste trabalho, tem-se chegado à constatação de que a atuação da jurisdição penal internacional através de organismos internacionais judiciais, como é o caso dos tribunais penais internacionais, mostra-se insuficiente à salvaguarda dos direitos humanos e, correlatamente, da dignidade e essencialidade da vida. Também não mais se desconhece, portanto, a evidência de que os Estados não conseguem solucionar, de forma isolada, a problemática da criminalidade transnacional<sup>1173</sup>. Em

---

<sup>1171</sup> Castanheira Neves sustenta que “o direito sempre está em contínua realização e sempre por realizar” (NEVES, A. Castanheira. O papel do jurista no nosso tempo. In: *Digesta: Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 41). Especificamente sobre o direito penal, Faria Costa: “o direito penal, tal qual qualquer ramo do *multiversum* jurídico, nunca deixou de se transformar” (COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 179). Segundo Savigny, “o Direito, por natureza, é uma entidade viva, movendo-se e mudando com a larga corrente de ideias de uma nação”. A referência a Savigny e a tradução livre de suas palavras é feita, conforme a expressão destacada, por Caenegem, em: VAN CAENEGEM, R. C. Juízes, Legisladores e Professores. (Coletânea Teoria e Filosofia do Direito). Rio de Janeiro: Ed. Campus Jurídico, Elsevier, 2010, pp. 07, 08 e 12.

<sup>1172</sup> Assim, Figueiredo Dias pontifica, com base em Roxin, que “a criminalidade é um fenômeno que surge de forma muito similar em todos os modernos Estados e cujo tratamento processual não pode, por isso, ser, de Estado para Estado, substancialmente diferente (DIAS, Jorge de Figueiredo. O Processo Penal Português: problemas e prospectivas. In: *Que futuro para o Direito Processual Penal?*, cit. [n. 192], p. 816-818).

<sup>1173</sup> Em um enorme número de hipóteses, a criminalidade organizada transpõe os limites das fronteiras nacionais, dificultando a resolução do problema através da atuação individual de um determinado Estado.

paralelo a essa realidade, verifica-se que as normas genéricas e difusamente previstas em tratados internacionais revelam-se, quase sempre, deficientes no resguardo dos novos interesses sociais, impedindo a atuação do sistema jurídico-penal de maneira cooperativa e desburocratizada e, conseqüentemente, obnubilando o intento de estabilização da paz social.

Em concordância com o já analisado, a conjuntura presente impõe aos Estados embaraços com os quais eles não sabem lidar isoladamente ou, no mínimo, contra os quais apenas lidariam, de forma eficiente, por meio de um regime de cooperação<sup>1174</sup>. Nesse atual modelo internacional, são insuperáveis os entraves fáticos e jurídicos que impedem a persecução de determinados crimes sem a cooperação de outros países, enquanto o alcance normativo dos sistemas jurídicos internos dos Estados é limitado ou, mesmo, insipiente, se não se recorrer a formas internacionais adequadas e uniformes de cooperação<sup>1175</sup>. Entretanto, conforme visto, mesmo com a concepção de modelos internos e multilaterais de cooperação por parte de muitos Estados, esses sistemas enfrentam um obstáculo de difícil transposição: a desconformidade normativa entre os diversos ordenamentos jurídicos, ao mesmo tempo em que diminui a segurança jurídica e as garantias do cidadão investigado, contribui para a ineficiência da persecução penal<sup>1176</sup>.

Assim, como visto, as diversas falhas e insuficiências dos sistemas internos de persecução a crimes transacionais e dos atuais modelos de cooperação existentes prendem-se, principalmente, às diferenças normativas entre os diversos ordenamentos e aos diferenciados modelos de cooperação aos quais os países estão vinculados. Tais

---

Essa nova contingência possibilitou que os riscos globais decorrentes da ação humana passassem a ser “susceptíveis de serem produzidos em tempo e lugar largamente distanciados da ação que os originou ou para eles contribuiu” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Editora Coimbra, Coimbra, p. 158). Em algumas outras hipóteses, ainda, a ação pontual dos Estados, além de dificultosa, seria inócua, pois de pouco adiantaria uma ação isolada no sentido de intervir em apenas parte da estrutura criminosa, já que se localiza não apenas em seu território, mas se encontra também disseminada no território de diversos outros Estados.

<sup>1174</sup> VAN KLEFFENS. E. N., *Sovereignty in international Law: five lectures, Recueil de Cours*, v.82, 1953, p. 8.

<sup>1175</sup> HELD, David. *Democracy and the global order: from the modern state to cosmopolitan governance*, Stanford: Stanford University, 1955, p. 25.

<sup>1176</sup> Nesse sentido, se, por exemplo, o reconhecimento de uma sentença estrangeira é prejudicado por conta das diferenças normativas, macula-se a eficácia da cooperação. Por outra via, se as diversidades normativas são completamente desconsideradas com base em um reconhecimento total em favor do procedimento cooperativo, lesionam-se, em contraponto, as garantias fundamentais do investigado. O reconhecimento mútuo em bases normativas diferentes faz colidir inevitavelmente o interesse em uma aplicação eficaz da norma com os direitos fundamentais do arguido. Nessa exata linha: SIEBER, Ulrich. O Futuro do Direito Penal europeu – Uma nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu. In: “Que futuro para o direito processual penal?”. Coimbra Editora, 2009, p. 485.

dificuldades não podem servir de impedimento para que os Estados ajam efetivamente em desfavor dessa criminalidade transnacional, diante da ampla possibilidade de utilização do Direito Penal Internacional como mecanismo de controle social para além dos limites territoriais de cada Estado. Nessa óptica, o reconhecimento por parte dos Estados acerca da necessidade de se constituir elementos normativos mínimos de determinados injustos penais internacionais e de se criarem mecanismos comuns de cooperação penal internacional resulta de uma diversidade normativa que torna a quase totalidade dos compromissos já firmados internacionalmente um ineficaz manifesto de intenções, restando inutilizadas as eventuais normas que prevejam essas punições, ineficazes os atuais modelos de cooperação existentes e, conseqüentemente, esvaziando o controle social através do Direito Penal.

Diante da ineficácia das atuais normas previstas em tratados internacionais de cooperação no trato dos danos transfronteiriços aos bens jurídicos internacionais, bem como da acentuada diversidade e contraditoriedade de previsões normativas típicas dos sistemas internos e internacional, necessário se faz a atuação conjunta dos Estados através de um regramento mínimo comum em relação a determinados tipos penais e aos mecanismos de cooperação penal entre eles, como forma de reação social, instrumento de intimidação e pressão à solução dos conflitos. Necessário se faz, portanto, o implemento de um Direito Penal Internacional que compreenda, minimamente, a previsão harmônica de algumas condutas típicas transnacionais<sup>1177</sup>, principalmente as que violem os direitos humanos, bem como viabilizem mecanismos processuais cooperativos de persecução dos responsáveis por referidas práticas, tudo isso, deixe-se claro, “sem que se se rompam ou violem, precisamente, aquele conjunto de valores axiomáticos que constituem a matriz de um direito penal civilizado e moderno<sup>1178</sup>”.

Nos últimos tempos, conforme visto no decorrer desta pesquisa, apresenta-se, com nitidez, a necessidade de se criarem instrumentos jurídicos harmônicos para o equacionamento das diversidades normativas e a adequação dos sistemas jurídicos internos

---

<sup>1177</sup> No trato específico do Direito europeu, Sieber defende, de forma mais ampla, a superação de tais dificuldades através “da aproximação do direito penal material e processual dos Estados cooperantes”. Ainda segundo o autor, a harmonização jurídica reduz a concorrência de normas e os conflitos de competência, dado que, existindo maior semelhança normativa, já não se torna tão fundamental a diferença de um determinado comportamento ser subsumido a uma ou outra ordem jurídica. (SIEBER, Ulrich. O Futuro do Direito Penal europeu – Uma nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu. In: “Que futuro para o direito processual penal?”. Coimbra Editora, 2009, p. 487).

<sup>1178</sup> COSTA, José Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 9, n. 34, abril-junho 2001. São Paulo: Ed. RT, p. 25.

no trato da criminalidade, sendo a sugestão primordial da presente tese exatamente a identificação de um regramento material mínimo em relação a determinados crimes e a efetivação de um mecanismo comum de cooperação penal internacional. Em busca de contenção jurídica a essas novas insurgências, entretanto, tem-se erguido um Direito Penal expansionista, desapegado de raízes iluministas, com tipologia criminal aberta e, muitas vezes, voltado a reprimir fatos típicos de pouca gravidade, os quais poderiam ser resguardados através de outras garantias estatais que não a penal.

Advirta-se, assim, desde logo, que para o implemento das propostas que aqui são formuladas, não se renunciam as garantias penais, tampouco a convicção de que o Direito Penal só deve ser deflagrado para prevenir os danos de especial gravidade. Daí que essa intervenção conjunta, que aqui se cogita, através da integração mesmo de instituições públicas de controle dos diversos Estados, frise-se, em nada se aproxima do modelo de Hobbes do completo controle e domínio através do direito Estatal, nesse caso, internacionalmente coligado. Nas palavras de Habermas, não seria através de uma “forma hobbesiana original de um Estado de segurança com polícias, serviço secreto e exército, mas sim através de um poder civilizador de alcance mundial”<sup>1179</sup>. A orientação sugerida pelo filósofo vale, nos dias de hoje, como premissa de atuação voltada contra a tendência depreciativa das garantias processuais e materiais do ser humano, determinada por uma parcela da doutrina penal internacional moderna. O reflexo dessa tendência mostra-se perceptível ante a constatação, cada vez mais, ocorrente, de uma intervenção penal irrazoável e generalizada, mostrando-se uma visível deficiência e falta de critério da intervenção penal dos Estados.

Resta saber, antes de passar para os pormenores dessas duas últimas proposições, se haveria e qual seria a legitimação substancial de uma intervenção penal conjunta dos Estados através da criação de um regramento uniforme de alguns tipos penais e de um mecanismo comum de cooperação judicial<sup>1180</sup>. Ou seja: para que a mudança, que aqui vai proposta, “se não dissolva em formulações incoerentes e sem conteúdo prático,

---

<sup>1179</sup> HABERMAS, J. *Greer y saber el futuro de la naturaleza humana*. Paidós, 2002, p. 131.

<sup>1180</sup> Para conseguir controlar as conseqüências dos avanços da sociedade e prevenir a criminalidade que lhe é paralela, devem os Estados valerem-se do Direito Penal e da cooperação penal internacional, como resposta necessária e adequada à proteção social. Schunemann é um dos partidários mais categóricos da ideia de que o Direito Penal pode e deve ter um papel importante na luta contra os riscos de nossa sociedade (SCHÜNEMANN, Bernd, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía Del Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 21).



urge que repensemos através do horizonte que a legitimidade lhe empresta”<sup>1181</sup>. A resposta é, precisamente, no sentido de que a intervenção estatal conjunta no círculo jurídico dos cidadãos só tem sentido como imperativo de necessidade, isto é, quando a intervenção penal se mostra como único e último recurso para a proteção do bem jurídico<sup>1182</sup>. Tal afirmação não foge à origem do entendimento iluminista de afetação da tutela penal à proteção do bem jurídico<sup>1183</sup>, inegavelmente a partir de Feuerbach<sup>1184</sup>, que ilustrava que,

---

<sup>1181</sup> Como esclarecidamente nos ensina Faria Costa, “ao operar-se a variação, a atitude de espírito mais curial estará em perguntar pela ‘legitimação’ da variação. Por outras palavras ainda: há que questionar as razões que levaram o legislador, por exemplo, a criar uma nova incriminação (...) legitimidade que se tem de postular autonomamente no que toca à nova estrutura normativa que se consolidou” (COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 180).

<sup>1182</sup> De forma mais abrangente, Alberto Silva Franco aponta que o merecimento de pena, a necessidade da tutela penal e a adequação e eficácia dessa tutela são etapas necessariamente exigidas pro ordenamento constitucional de um Estado Social e Democrático de Direito, para a legitimação da intervenção penal. (FRANCO, Alberto Silva. Prefácio. In BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 12).

<sup>1183</sup> O princípio de proteção exclusiva de bens jurídico-penais surge como garantia fundamental do Direito Penal moderno (HASSEMER, Winfried. *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale. Dei delitti e delle pene*, n° 1, ano II, Gennaioaprile, 1984, p. 104/113), com categoria e força vinculante de um princípio constitucional (DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha de Bens Jurídicos, in Revista Portuguesa de Ciências Criminais 4, 1994, p. 151), também possuindo outras denominações, como princípio de ofensividade ou de lesividade (CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3ª Edición, Valencia: tirant lo blanch, 1999, p. 215), ou danosidade social (HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*, Casa Editorial Bosh, trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984, p.38). Segundo Faria Costa, além de cultores ligados ao direito constitucional (por exemplo, Gomes Canotilho), quase todos os autores da modernidade dentro do estrito pensamento penal - com exceção de Jakobs - consideram a função protetiva de bens jurídicos como precípuas (cita, apenas como exemplaridade, Eduardo Correia, Figueiredo Dias, Jescheck e Triffterer). O autor admite, entretanto, uma compreensão bidimensional para a fundamentação para a punibilidade penal, citando, como exemplo, a incriminação de tentativa inidônea no ordenamento penal português, que pune comportamento ético-socialmente desvaliosos (onde não se verifica a violação ou o pôr-em-perigo de um bem jurídico). (COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 38, 39 e 41). No mesmo âmbito de entendimento, Von Liszt: “a pena vem posta a serviço da tutela do bem jurídico”. (VON LISZT, La teoria dello scopo nel diritto penale, (org.) Alessandro Alberto Cavi, Milano, Giuffré, 1962, p. 32). Para uma análise sobre o crime como ofensa a bens jurídicos, vide, também: D’ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, Stvdia Ivridica, 2005; D’ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso de diritto penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2001. v. 1, maxime p. 649-613.

<sup>1184</sup> A doutrina jurídica, em geral, praticamente de forma unânime, atribui a Paul Johann Anselm Feuerbach a limitação do Direito Penal à proteção de direitos ou interesses subjetivos, afetos a determinado sujeito. Nesse sentido, entre inúmeros outros: ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega Universidade, 1996, p. 27 e ss.; HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*, Casa Editorial Bosh, trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984, p.37; MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1994, p. 118. Em exaustiva referência ao Iluminismo e à sua importância para o pensamento penal: CORREIA, Eduardo. *Direito criminal, I*. Coimbra: Almeidina, 1968, p. 278. Tanto no campo do direito penal como em outras áreas, o “Big Bang intelectual foi a época do Iluminismo” (SCHUNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção dos bens jurídicos – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 53, 2005, p. 11), que – para citar as palavras de Kant – conseguiu fazer o homem sair de sua “culpável imaturidade”. (KANT, Immanuel. *¿Qué*

para a declaração de uma conduta como criminosa, exigia-se a prova de que ocorreu uma lesão ao bem jurídico<sup>1185</sup>. Assim, também para essa atuação conjunta, harmônica e cooperada dos Estados, proposta como cerne desta tese, a “a *ofensa* a um bem jurídico é a pedra de toque que pode legitimar a intervenção do detentor do *ius puniendi* (Estado), enquanto entidade susceptível de cominar males eticamente legitimados”<sup>1186</sup>. Seguindo essa linha de constatação, Hassemer aponta que “a conduta humana somente pode ser um injusto punível se lesionar um bem jurídico”<sup>1187</sup>, em consonância com o pensamento original de Feuerbach de que a pena deve decorrer da lesão a bens jurídicos protegidos<sup>1188</sup>, através da prática criminosa, e não como uma mera retribuição pelo mal realizado<sup>1189</sup>.

Não se prega o aumento da produção legislativa em matéria penal, utilizando-se esse direito para fins diversos da clássica função de proteção de bens

---

es la ilustración? In: *Filosofia de la historia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 25-38). O ponto de partida foi a legitimação e, com ela, também a limitação do estado por meio do contrato social. Daí extraíram, na segunda metade do séc. XVIII, o italiano Cesare Beccaria e o alemão Karl Ferdinand Hommel consequências decisivas para o direito penal, limitando todo poder punitivo estatal à prevenção dos danos. Assim: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998; HOMMEL, Carl Ferdinand. *Corpus Iuris Civilis - Primary Source Edition*. New York: Nabu Press, 2014, p. 98. É verdade que essa ideia fundamental, que na época do Iluminismo era entendida como a base de qualquer teoria do estado, foi, ao curso do tempo, manifestada em diferentes formulações para caracterizar a limitação do direito penal: em Beccaria e Hommel por meio da expressão ‘dano social’; posteriormente em Feuerbach, que falava em ‘lesão a direito’ (FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 55); e depois em Birnbaum e Listz, que usavam o termo ‘bem’ ou ‘bem jurídico’.

<sup>1185</sup> FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, tradução de Eugênio Raúl Zaffaroni e Irmã Hagemeyer, 2ª edição, Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 65 e ss. 52. Assim, “a nervura essencial das finalidades precípua do direito penal é a proteção dos bens jurídicos” (COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 39). A bibliografia é quase interminável, tendo a maioria proposto que a função do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos (penais): COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (Fragmenta Juris Poenalis)*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2009, p. 150; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral, T. I, Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra, 2ª. Edição, 2007, p. 12; WESSLS/BEULKE, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 6 Aufl., Sergio Fabris editora, Porto Alegre Trad. Juarez Tavares, 2007, p.4.

<sup>1186</sup> COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 626.

<sup>1187</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*, Casa Editorial Bosh, trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984, p.37.

<sup>1188</sup> Sobre os fundamentos de legitimação do direito penal material a partir da proteção do bem jurídico, Faria Costa: “o bem jurídico não é só uma realidade normativa com densidade e especificidade mas é, sobretudo, um núcleo densificado de valoração suscetível de questionar as ordens jurídicas que mais diretamente o convocam ou que, pelo menos, a ele fazem apelo para se justificarem ou legitimarem” (COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 12, 15 e 16). Shunemann destaca que o direito penal se legitima pelo fim político-criminal de proteção dos bens jurídicos por meio da cominação de uma sanção. (SCHUNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pond, 2013, p. 11).

<sup>1189</sup> FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Op. Cit.*, 1989, p. 65 e ss. 63.

jurídicos<sup>1190</sup>, sendo esta, também para fins de intervenção conjunta dos Estados “a única compreensão substancial do delito compatível com as características do Estado de direito democrático”<sup>1191</sup>. Assim, os Estados só estarão legitimados a constituir elementos normativos harmônicos de determinados tipos penais e a criar um mecanismo uniforme de cooperação penal internacional, perseguindo, conseqüentemente, os indivíduos através dessa estrutura harmônica e cooperativa, na medida em que tal seja indispensável para salvaguardar direitos e interesses legítimos dos outros indivíduos, na forma como refletida no modelo legitimador iluminista do direito penal<sup>1192</sup>. Também não se cede à tendência de um Direito Penal que, com o uso da sanção, tende a educar moralmente, aponta à afirmação de valores éticos, dá vigor e força a sentimentos difusos ou se substitui à própria pessoa para a perseguição de seu próprio interesse<sup>1193</sup>. Pressupõe-se, pois, que o direito

---

<sup>1190</sup> MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso de diritto penale*. Milano: Giufrè Editore, 2001. v. 1, *maxime* p. 649-613.

<sup>1191</sup> COSTA, José de Faria. O princípio da igualdade, o direito penal e a Constituição. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 21, nº 100, Jan./Fev. 2013, p. 228.

<sup>1192</sup> Segundo Faria Costa, “a própria noção do bem jurídico só ganha autonomia nos princípios do século passado enquanto eco ou conseqüência do pensamento iluminista” (COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 183). Figueiredo Dias aponta para a incapacidade de se inventar novos modelos de legitimação que possam substituir-se, total ou parcialmente, ao modelo iluminista, sobretudo porque esses novos modelos podem vir a por em causa princípios, também eles básicos, de civilização e de humanidade, por cuja efetividade vimos lutando há mais de dois séculos e que merecem sem dúvida persistir e ser aperfeiçoados; nomeadamente, todos quantos se relacionam a defesa consistente dos direitos individuais perante intervenções abusivas da autoridade pública. Quanto à compreensão desse modelo, Figueiredo Dias: “Compreende-se... que o contrato social rousseauiano tenha sido utilizado como modelo legitimador *par excellence* da intervenção penal: o Estado só está legitimado para limitar a liberdade de cada um, fazendo intervir o seu arsenal punitivo, na estrita medida em que tal seja indispensável para salvaguardar direitos ou interesses legítimos dos outros indivíduos, ou também interesses coletivos... Assim se constitui o paradigma iluminista do direito penal...”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema do direito penal no dealbar do terceiro milênio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 99, ano 20, São Paulo: RT, 2012, p. 37-41).

<sup>1193</sup> LARIZZA, Silvia. Laicidade e Direito Penal. in D’ÁVILLA, Fábio Roberto. *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências*, 8 e 9 de jun. 2009, EdiPUCRS, Porto Alegre, 2011, p. 41. Na mesma linha, a afirmação clássica: “a realização da ordem moral se situa fora dos limites do Direito”. (FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 55). Também nesse sentido, “na mais recente definição de bem jurídico, independentemente da diversidade de formulações, o ponto de partida é o de que o bem jurídico possui natureza social e o de que o direito penal só deve intervir para prevenir danos sociais e não para salvaguardar concepções ideológicas ou morais ou realizar finalidades transcendentais.” (RODRIGUES, Anabela. Cinco artigos sobre crimes sexuais. In: DIAS, Jorge de Figueiredo. (dir.) – *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial: Tomo 1: Artigos 131º a 201º*. 2.ª ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2012). Nesse contexto, Hommel escreveu em seu prefácio à edição alemã da obra de Beccaria: “O jurista que pense com a própria cabeça não se deve enganar por conversas moralistas e palavras inebriantes, mantendo-se firme em reconhecer a medida do delito única e exclusivamente no dano dele surge para a sociedade. Que o fato cometido (...) seja (...) ainda um crime em sentido moral ou teleológico, isso não interessa a nós. O fato é tão merecedor de pena quanto mais triste o resultado que ele provoca ao ente comum. Se o fato não tem qualquer fato negativo sobre o ente comum, então ele é indiferente, e seguramente não é objeto de leis penais”. (SCHUNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico penal: um trabalho de Sísifo?. In *Revista Brasileira de Filosofia* vol. 58, fasc. 232, 2009, p. 107).

penal se ocupa das violações do contrato social que fundamenta a vida em comum, e não o âmbito da moral privada<sup>1194</sup>. Se hoje não se consegue enfrentar eficazmente a criminalidade de massa, o simples “recrudescimento do sistema, decorrente do uso desembaraçado da sanção penal, tornará ainda mais precária e incerta a sua resposta sancionatória, afigurando-se ainda mais ineficaz”<sup>1195</sup>.

Advirta-se, com idêntica ênfase, que o Direito Penal tem uma tradição normativa (um passado e um presente de proteção jurídica), e não apenas tradição de eficiência e de luta<sup>1196</sup>. Aqui não se busca, desse modo, qualquer expansionismo penal, de “atávico pendor repressivo”<sup>1197</sup> e de conteúdo não democrático<sup>1198</sup>, baseado em estruturas típicas de perigo<sup>1199</sup>, extremamente genéricas e de fácil corrupção, ou mesmo processual, com derrogação das garantias dos sujeitos envolvidos<sup>1200</sup>, decorrentes de uma postura

---

<sup>1194</sup> SCHUNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pond, 2013, p. 11.

<sup>1195</sup> LARIZZA, Silvia. Laicidade e Direito Penal. in D`ÁVILLA, Fábio Roberto. *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências*, 8 e 9 de jun. 2009, EdiPUCRS, Porto Alegre, 2011, p. 42.

<sup>1196</sup> Segundo Hassemer, a tradição do Direito Penal está nessa tensão entre o normativo e o empírico, a qual é preciso conservar. Há um problema normativo a respeito do qual se deve fazer uma reflexão. Segundo o autor, em todos os países onde se discute esse tema – na Europa Central, na Ásia Oriental e agora aqui, no Brasil –, a política criminal está apenas preocupada com a eficiência e com o êxito, enfim, em ter respostas para a criminalidade. Em todos os lugares, pergunta-se como podemos combater a criminalidade moderna, sendo esse apenas um aspecto do problema. Não podemos esquecer que a política criminal e o Direito Penal têm um aspecto normativo de equilíbrio da proteção jurídica dos atingidos pelo processo penal. Segundo o autor, no momento, encontramos-nos exatamente nessa situação de querer lutar, ter êxito e resultados. Falando especificamente da realidade brasileira, o autor aponta que a situação também não é diferente, em que esquecemos a tradição normativa – exagerando um pouco –, estamos pensando militarmente. Estamos, segundo ele, pensando apenas em termos de luta, de combate, de vitória, e o Direito Penal está sendo armado como um instrumento de luta, de combate à criminalidade. (HASSEMER, Wilfried. *Perspectivas de uma moderna ciência criminal*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 8, out. 1994, p. 144-145).

<sup>1197</sup> Expressão cunhada por Costa in: COSTA, José de Faria. *Direito penal especial (Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial*., Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 63.

<sup>1198</sup> D`ÁVILLA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 71, Porto Alegre p. 44-53, dez.-jan. 2012.

<sup>1199</sup> Sobre a conversão do Direito Penal, de instrumento de repressão estatal ao injusto para um instrumento preventivo de evitação de riscos, com a consequente decomposição de um direito penal liberal-democrático em face de um “moderno direito penal no pior sentido da palavra”, veja-se: ROTSCH, Thomas. *Tempos Modernos: Ortodoxia e Heterodoxia no Direito Penal*, in D`ÁVILLA, Fábio Roberto. *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências*, 8 e 9 de jun. 2009, EdiPUCRS, Porto Alegre, 2011, p. 74.

<sup>1200</sup> Assim, conforme pontuou Silva Franco, permitiu-se, a pretexto de uma cruzada mundial, reduzir liberdades, subverter garantias processuais já consagradas, desconhecer direitos reconhecidos a todos os seres humanos e fenecer o regime democrático. (FRANCO, Alberto Silva. Prefácio. In BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 14). Diante desse quadro, causa espanto a afirmação de Silva Sanchez de que nos casos em que “a conduta delitativa não apenas desestabiliza uma norma em concreto, mas todo o direito como tal, pode colocar-se à questão do incremento de penas de prisão, simultaneamente com a relativização das garantias substantivas e processuais” SILVA SANCHEZ,

legislativa dedicada a atingir o clamor popular e os anseios sociais mais efêmeros, com manifestações meramente simbólicas de Direito Penal, distantes da necessidade e da produção de soluções efetivas<sup>1201</sup>.

O controle penal necessita, de algum modo, ser legitimado e tal legitimação deve ser buscada não somente nos limites que lhe são impostos pelos princípios expressivos implícitos do modelo sócio-jurídico escolhido, mas também na ideia de que sua validade só tem razão de ser se estiver a capacidade de proteger bens jurídicos considerados essenciais para a existência, manutenção e desenvolvimento da sociedade como um todo e do ser humano, enquanto pessoa, impedindo a concretização de condutas que lhes provoquem lesões ou que lhes acarretem perigo concreto de lesão<sup>1202</sup>. Isso significa que a capacidade de criminalizar condutas ofensivas a bens jurídico-penais tem necessariamente pressupostos substantivos que não podendo desprezados, a menos que se queira estabelecer o reinado da repressão absoluta<sup>1203</sup>.

Pode-se deixar, como premissa, que os bens jurídico-penais eleitos para serem protegidos por uma teia normativa uniforme e por um instrumento conjunto de cooperação devem ser orientados pelos princípios fundamentais do Direito Penal, em uma modalidade garantista, isto é, através de um posicionamento segundo parâmetros de proteção exclusiva, intervenção mínima, subsidiariedade, fragmentariedade, proporcionalidade e legalidade, os quais constituem condições mínimas para o legítimo exercício do controle penal em um Estado Democrático de Direito<sup>1204</sup>. Ou, nas sempre

---

Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 166).

<sup>1201</sup> HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos, Pena y Estado*, Barcelona, n° 1, 1991, pp. 23/36.

<sup>1202</sup> FRANCO, Alberto Silva. Op. Cit., p. 9 e 10.

<sup>1203</sup> Ibid.

<sup>1204</sup> Indo além, Schunemann aponta que a teoria da legitimação do direito penal, ou, vista da perspectiva inversa, dos limites impostos ao legislador na formulação do direito penal, está, inclusive, fundada nas condições fundamentais superpositivas de qualquer poder estatal legítimo e constitui, portanto, a premissa tácita de qualquer estado de direito democrático-liberal, pouco importando se um tal estado a consagrou na constituição de modo expreso ou não. Ainda segundo o autor, o princípio da proteção dos bens jurídicos ancora-se na concepção básica do contrato social, que esta pressuposto em toda e qualquer constituição de um estado de direito democrático-liberal. A recusa a tal princípio implica, pois, numa negação dos fundamentos do estado de direito democrático-liberal. Foi justamente a substituição do princípio da proteção dos bens jurídicos pelo princípio da violação de um dever o aspecto central que justificou a utilização do direito penal como instrumento do terror no nacional-socialismo alemão. A finalidade e os limites do direito penal encontram-se, portanto, tacitamente subjacentes a qualquer constituição de um estado de direito democrático-liberal (SCHUNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção dos bens jurídicos – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. In Revista Brasileira de Ciências Criminais 53, 2005, p. 12, 13 e 17).

precisas palavras de Faria Costa, “um retorno ao sentido originário e primitivo do perceber e do aplicar o direito justo”<sup>1205</sup>.

Assim, mesmo se a concretização, no plano internacional, de um modelo eficaz de cooperação judicial penal, constituir caminho para a garantia da paz social em todas as sociedades internacionais, através da punição de delitos de especial gravidade e de abrangência transnacional, tal modelo deve sempre estar atento à necessidade de limites em face da intervenção persecutória e de vigilância do Estado<sup>1206</sup>. Em nenhum momento e por nenhum motivo se pode permitir o desapego à exigência de que a intervenção penal cooperada entre os países seja legitimada à luz dos ideais iluministas, estimulando tanto o legislador, como o juiz, a concretizá-la com essa visão. Não há pretexto algum que justifique a dinâmica de cooperação penal internacional desapojada dos pressupostos materiais mínimos estabelecidos para a intervenção penal em qualquer estado democrático de direito. Mesmo que se diga que se cuida de um posicionamento que a realidade não confirma e que custará ainda muito tempo para ser concretizado em toda sua profundidade, a resistência a posturas arbitrárias e repressivas, ensejadas pela globalização, não pode cessar<sup>1207</sup>.

Assim, mesmo cientes de que a proteção efetiva dos direitos do homem exige uma atuação conjunta de todos os Estados com vistas a empreender práticas e normas comuns<sup>1208</sup> necessárias à prevenção geral<sup>1209</sup> dos delitos internacionais, sendo a atuação

---

<sup>1205</sup> COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 12.

<sup>1206</sup> ROXIN, Claus, *Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão*. In: “*Que futuro para o direito processual penal?*”. Coimbra Editora, 2009, p. 465. Também no sentido de evitar o “abaixamento” das garantias processuais do arguido em face de planos de intervenção do Estado: JUNG, Heike, *Maintaining human rights in the process of harmonizing European criminal Law in ErlingHusabo/AsbjornStrandbakken* (eds.), *Harmonization of Criminal Law in Europe*, Oxford, 2005, p. 148.

<sup>1207</sup> FRANCO, Alberto Silva. Prefácio. In BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 15, 16.

<sup>1208</sup> Nesse sentido, o novo contexto político e jurídico defronta-se com uma, cada vez mais abrangente, supraestadualidade normativa, gerando a admissão de normas jurídicas comuns no âmbito dos diferentes ordenamentos jurídicos (RODRIGUES, Anabela Miranda. A internacionalização e a europeização do direito penal – entre a unificação e a harmonização. In: *Internacionalização do Direito no novo Século*. Coimbra Editora, 2009, p. 223).

<sup>1209</sup> Na tradição de Feuerbach, à qual também aqui se propõe um retorno, coloca-se em primeiro plano a função de prevenção geral por meio da cominação (e não da execução) de uma pena. Pune-se tendo em vista a prossecução de “uma ordem de paz inatingível, mas sempre continuamente procurada (...) tendo a pena sempre tem uma finalidade que não se esgota na pura retribuição” (COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 257). Em todos os estados de tradição ocidental, cujos sistemas jurídicos são fundados nos princípios do estado de direito democrático, liberal e social, o direito penal é a *ultima ratio* de proteção dos bens jurídicos, a qual se realiza através através da eficácia preventivo-geral da norma de conduta. (SCHUNEMANN, Bernd. Um Olhar Crítico ao Modelo Processual Penal Norte-americano. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pond, 2013, p. 244).

conjunta e cooperada dos Estados a instância internacional adequada à esta realização<sup>1210</sup>, carece de legitimidade um direito penal por inteiro ‘funcionalizado às exigências próprias da sociedade de risco’<sup>1211</sup>. A eficiência advinda da estruturação de normas mínimas comuns de conteúdo material<sup>1212</sup> e de um método uniforme de cooperação penal internacional entre os diversos Estados, balizados por um sistema de precedentes que garanta uma maior invariabilidade da aplicação da norma harmonizada e do instrumento comum de cooperação, não pode constituir base de legitimação democrática nem justificar uma revolução do paradigma penal que passe por pôr em questão a defesa consistente dos direitos humanos, devendo-se manter a recusa de qualquer concepção penal baseada na expansão da criminalidade<sup>1213</sup>.

### **9.5 – Proposta de lege ferenda de um mecanismo uniforme de cooperação penal internacional entre os diversos países: o instituto da *Colaboração Recíproca Direta***

A imensa maioria dos países do mundo não tem qualquer relação de cooperação judicial entre si e, mesmo em relação aos países que possuem acordos bilaterais ou multilaterais de cooperação, as disposições internas de cada um deles – as quais sempre são analisadas para os fins de efetivação do instrumento cooperativo - são bastante variadas: algumas são mais limitadas e mais rígidas, enquanto outras, mais vanguardistas, abrangentes e relativamente céleres, como é do caso daquelas de países do âmbito da área de livre circulação de pessoas de Schengen, de culturas mais aproximadas

---

<sup>1210</sup> No contexto do Direito Penal Internacional, sobressai-se a importância da cooperação penal internacional como forma de conceder aos referidos direitos humanos proteção em normas comuns de conduta, reconhecidas por toda a sociedade internacional.

<sup>1211</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema do direito penal no dealbar do terceiro milênio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 99, ano 20, São Paulo: RT, 2012, p. 49.

<sup>1212</sup> Acerca do estabelecimento de regras mínimas em matéria penal por parte do Parlamento Europeu e do Conselho, à luz do art. 83 do Tratado da União Europeia, *ver*: CAEIRO, Pedro. “A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais”. In: CORREIA, F. Alves; MACHADO, Jónatas E.M.; LOUREIRO, João Carlos. (Orgs). – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 180.

<sup>1213</sup> Nesse contexto, pontua Figueiredo Dias: “a política criminal não pode abrir mão de conquistas irrenunciáveis que alcançou e entre as quais se destacam a estrita limitação da função do direito penal à tutela subsidiária dos bens jurídico-penais; a concepção das penas como instrumento de prevenção, não de retribuição ou castigo do mal do crime; a legalidade de toda a intervenção penal; a determinabilidade do fato proibido e o princípio da culpa como condições sine qua non de toda a imputação criminal” (DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema do direito penal no dealbar do terceiro milênio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 99, ano 20, São Paulo: RT, 2012, p. 49).

e, pois, de ordenamentos jurídicos mais afins<sup>1214</sup>. Mesmo em âmbito europeu, entretanto, a cooperação penal internacional sempre se revelou pouco dinâmica, morosa e especialmente formalista<sup>1215</sup>.

Assim, as negociações com base em acordos bilaterais ou promessas de reciprocidade, na maioria das vezes, tornam ineficaz ou, no mínimo, muito demorada a resposta jurisdicional pretendida através do instrumento cooperativo, já que cada país segue o seu sistema penal e processual penal<sup>1216</sup>. No cotidiano das relações recíprocas entre os países, o tratado mais cria compromissos dentro do contexto normativo vigente do que, propriamente, resolve a pendência cuja solução é pretendida através do pleito cooperativo – o que importa em não realizar o Direito na prática, ao ensejo da decisão jurídica do caso concreto<sup>1217</sup> -, tornando a persecução penal mais burocrática do que se houvesse a

---

<sup>1214</sup> Não resta dúvida de que cada sistema jurídico nacional reflete a cultura do povo que o compõe. Nesse sentido: “Os sistemas jurídicos de cada país são impregnados das culturas dos povos que os compõem. A regra de direito nada mais é que o prisma pelo qual passa o reflexo de uma nação, cristalizando em um momento preciso as aspirações de um grupo circunscrito de indivíduos e atraindo, por aí mesmo, em um amálgama às vezes caótico, tanto as esperanças quanto as crenças destes últimos. O direito positivo, composto pelo conjunto das regras jurídicas em vigor, constitui assim uma superestrutura dependente das realidades econômicas e sociais, mesmo filosóficas, de um país ou de uma comunidade de países”. (CHENUT, Charles-Henry. Abordagem comparativa entre os sistemas de *Civil Law* e de *Common Law*. In: Estudos de direito comparado e de direito internacional, Ed. Juria 2011, p. 153).

<sup>1215</sup> MARTINEZ, Rosa, Ana Moran. El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, La ejecución de sanciones pecuniárias y el comiso: lãs decisiones marco in derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional. Cuadernos de Derecho Judicial, n. 13, 2003, p. 384.

<sup>1216</sup> A própria Cartilha de cooperação jurídica internacional em matéria penal expedida pelo governo brasileiro diz que “a prática da cooperação jurídica internacional demonstra que o pedido de autoridade brasileira para ter, em processo sob sua condução, a presença de testemunha localizada no estrangeiro, só se mostra exequível se enviado com antecedência mínima de 240 dias”. (Cartilha cooperação jurídica internacional em matéria penal / Secretaria Nacional de Justiça; elaboração e organização: Ricardo Andrade Saadi, Camila Colares Bezerra. -- Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), 2012, p. 6 e 12).

<sup>1217</sup> Conforme disciplina Castanheira Neves, “a ‘essência’ não comprova a ‘existência’, o direito não é (não é direito) sem se manifestar na prática e como uma prática”. Nesse sentido, em duas obras: CASTANHEIRA NEVES. O actual problema metodológico da realização do direito, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia*, vol. III. Coimbra, 1991, p. 11; CASTANHEIRA NEVES. *Apontamentos de Metodologia Jurídica*, Coimbra. 1988-89, p. 22. Formulação concordante com o que foi posto por Faria Costa no sentido de ser o direito penal um campo da normatividade jurídica cuja “especificidade está, entre muitas outras coisas, na possibilidade de a sua procura e apreensão de ter de fazer com o apelo à razão prática”. Assim, como lapidarmente afirma o autor, “mesmo no seio do direito penal, onde a força da elaboração dogmática é legitimamente considerada um dos esteios à sobrevivência de sua própria estrutura normativa e onde, por consequência, a vertente teórica tem predominância, vemos hoje o chamamento e o tratamento das (in)flexões dogmáticas, não tanto em um sentido de relação estática, mas, ao invés, como elementos de um inteligir, de um dominar jurídico, indesmentivelmente aberto à fecundidade do pensar autónomo que, para além de tudo, está desperto para com as insinuações e cumplicidades que o prático-quotidiano constantemente lhe incute (...) O direito, e o direito penal em particular, é uma realidade normativa que se move necessariamente no mundo da práxis” (COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora: 2000, p. 12 e 197).



simplificação do procedimento em um espaço relativamente harmônico e fundamentalmente lastreado na confiança, cooperação e conhecimento recíprocos.

Com países sem tratados de cooperação, a situação é, obviamente, ainda mais, complicada. Nesse caso, o cumprimento da medida estará sempre sujeito à discricionariedade, baseada em princípios e regras internas do Estado receptor e, portanto, o que se deseja obter por meio do pleito cooperativo, muitas vezes, pode não ser alcançado e, se o for, não na mesma medida que o seria, caso houvesse regras harmônicas e simplificadas para ser perfeito. As diferenças, de regra, têm repercutido em atrasos nos processos envolvendo pedidos de cooperação, sobretudo porque a utilização de instrumentos desuniformes pode envolver, antes do cumprimento, uma relativamente longa fase de verificação de sua admissibilidade judicial, em especial, quando envolve produção de provas em processos criminais<sup>1218</sup>. As diferenças dos sistemas probatórios entre ordenamentos de *Common Law* e de *Civil Law* exigem, muitas vezes, ajustamentos quanto aos cumprimentos de pedidos de cooperação para produção de provas, as quais demandam ainda maior tempo<sup>1219</sup>. Isso é especialmente uma dificuldade em relação aos pedidos de cooperação emitidos por países da *Common Law*, uma vez que a maior parte dos Estados que adotam o *Civil Law* são menos tolerantes a modificações de suas rígidas regras procedimentais penais. Aponta-se, também, que a própria concepção da atividade probatória do sistema *Civil Law* não convive com a visão do sistema *Common Law*, demandando a necessidade de uma maior admissibilidade mútua dos meios de prova, o que só poderá ser feito através da intervenção direta e exclusiva de um órgão judicial, com todas as garantias e meios de defesa inerentes ao processo, bem como envolvendo legislações relativamente harmônicas e convergentes<sup>1220</sup>. Nesse sentido, chega-se a apontar

---

<sup>1218</sup> FUNK, T. Markus. *Mutual Legal Assistance Treaties and Letters Rogatory: A Guide for Judges*, Federal Judicial Center International Litigation Guide, 2014, p. 12.

<sup>1219</sup> O próprio *Department of State* alerta “[...] Many countries have different systems for obtaining evidence and may view U.S. discovery rules as overbroad. [...] Foreign courts will generally execute letters rogatory in accordance with the Laws and regulations of the foreign country. In compelling evidence, for example, many foreign courts do not permit foreign attorneys to participate in their court proceedings. Not all foreign countries utilize the services of court reporters or routinely provide verbatim transcripts. Sometimes the presiding judge will dictate his or her recollection of the witness’ responses.”. Disponível em: <http://travel.state.gov/content/travel/english/legal-considerations/judicial/obtaining-evidence/preparation-letters-rogatory.html>. Acesso em 26 ago.2015.

<sup>1220</sup> Nessa linha, segundo Petrus, um sistema de cooperação internacional apenas viabilizar-se-ia adequadamente se houvesse um esforço de reinterpretção das normas nacionais e internacionais sobre a matéria, destinado a buscar uma maior eficácia e versatilidade, tornando possível a compatibilidade entre as diversas concepções de prova dinâmica essa que, segundo entendemos, só pode ser viabilizada através da intervenção judicial e de uma base normativa harmônica e desburocratizada (PETRUS, Christian Herrera, *La*

que todas as dificuldades no processamento da cooperação penal internacional têm, como ponto em comum, o fato de os Estados envolvidos não pertencerem à mesma tradição jurídica<sup>1221</sup>.

O que ocorre nos sistemas de *Civil Law* mais ocidentalizados, como grande parte dos Estados europeus e dos Estados americanos, é a extrema burocracia envolvendo uma multiplicidade de atos e órgãos para determinar a operacionalização do cumprimento cooperatório, fato que, travestido de uma disposição a cooperar, representa praticamente uma negativa de cumprimento<sup>1222</sup>. Nesse sentido, especialmente quando a cooperação implica um complicado caminho burocrático, a mesma não logra êxito devido à falta de regulamentação uniforme das ordens jurídicas<sup>1223</sup>. Adicionalmente, em muitos casos, mesmo após deflagrado o processo de cooperação, exigem-se complementações posteriores por formalidades consideradas essenciais em alguns Estados, além das naturais barreiras idiomáticas e da lentidão dos tradicionais instrumentos de cooperação.

Tais entraves jurisdicionais são, além de tudo, incoerentes, já que parte dos países efetua a troca espontânea de informações criminais que podem conduzir ou se relacionar a pedido de assistência judicial mútua de um país, prescindindo, muitas vezes, inclusive de pedido formal de cooperação através de autoridade judicial competente e

---

*obtención internacional de pruebas, Asistencia jurisdiccional em Europa*, Bolonha: Real Colegio de Espana, 2005, p. 85),

<sup>1221</sup> BECHARA, R. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) -USP. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-101628/>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

<sup>1222</sup> Sobre a demora e complexidade do atual procedimento das rogatórias, veja-se: “As cartas rogatórias tem um procedimento complexo e moroso, que envolve a tradução de documentos, remessa ao Ministério da Justiça, daí ao Ministério das Relações Exteriores, para a embaixada do país destinatário, que encaminha o pedido ao Ministério das Relações Exteriores, donde segue ao Ministério da Justiça do país destinatário, para finalmente chegar ao juízo que cumprirá a carta. Além da demora, durante todo o procedimento é muito difícil obter informações sobre o andamento da carta, em razão do grande número de órgãos envolvidos. Na prática, algumas jamais eram respondidas, outras voltavam anos após a expedição, em virtude de pequenos equívocos, demandando a renovação completa do procedimento” (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Cooperação Jurídica Penal em Matéria Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 59). Também no sentido da ineficiência do procedimento da rogatória, especialmente pelo tortuoso e extenso trâmite de passar pelas Cortes dos dois países envolvidos, com envolvimento dos Ministérios das Relações Exteriores, dos Ministérios de Justiça e das embaixadas, ver: ZAGARIS, Bruce. *U.S. – Brazil and International Evidence Gathering: The Need for Better Procedural Due Process*. Paper do 18 Seminário do IBCCRIM, 31 de agosto de 2012, p. 16).

<sup>1223</sup> SIEBER, Ulrich. O Futuro do Direito Penal europeu – Uma nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu, In: “Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias”, Coimbra Editora, 2009, p. 497. Também no sentido de que o processamento da cooperação jurídica penal internacional não tem se mostrado eficiente devido às muitas dificuldades encontradas, especialmente, em relação a questões burocráticas, ver: DE AMICIS, Gaetano. *Problemi e prospettive della cooperazione giudiziaria penale in âmbito Europeu: forme e modelli di collaborazione Allá luce Dell Titolo VI del Trattato di Amsterdam*, In: Giur. Merito, 2002, p. 292.

podendo ser prestada por mecanismos previstos em tratados ou mesmo via cooperação policial, o que torna bastante temerária a segurança probatória do processo que envolve esse tipo de cooperação e acaba, ao final, por macular exatamente aquilo que o processo visa a proteger: os direitos e garantias das partes nele envolvidas e, de um modo muito especial, do acusado. Veja-se, conforme já visto acima, que os chamados *Mutual Legal Assistance Treaty* (MLAT) destinam-se à persecução penal especialmente aos promotores e órgãos de investigação, não sendo, no entanto, sequer disponibilizado à defesa, nem quando feita por defensor público, indo contra a tendência contemporânea de transformar os indivíduos em sujeito e não apenas em objeto dos tratados. No mesmo sentido, a Convenção de Assistência Mútua em Matéria Penal da Organização dos Estados Americanos, no seu art. 2, dispõe que seus termos se aplicam às autoridades dos Estados Partes e não autorizam os particulares a obter ou excluir provas<sup>1224</sup>. Aduza-se, ainda, por mais relevante, que a nota explicativa ao artigo 2 do Acordo Tipo de Assistência Recíproca da ONU expressamente reconhece a “cooperação informal entre agências de aplicação da lei”, abrindo amplamente a possibilidade de vazamento seletivo de documentos e informações sigilosas e a sonegação de documentos à defesa do acusado<sup>1225</sup>.

Contextualmente, poder-se-ia citar ainda a hipótese do que se convencionou chamar de *entraide sauvage*, *entraide déguisée* ou “auxílio judicial selvagem”, que configuram casos de auxílio prestado a autoridades de um país pelas autoridades de outro país, sem fundamento jurídico ou mediante a transgressão do âmbito de tal fundamentação jurídica<sup>1226</sup>, com evidentes consequências negativas à presunção de inocência, ao direito de

---

<sup>1224</sup> Em juízo crítico sobre a referida Convenção, veja-se: “os particulares ficam excluídos do direito à obtenção, supressão, exclusão de provas ou, ainda, não podem se opor ao cumprimento de um pedido de assistência. Em homenagem ao princípio da ampla defesa, resta como alternativa, em caso de diligência requerida pela defesa, que a mesma seja reputada necessária pela autoridade, ou, ainda, que a parte, caso possível, realize a diligência diretamente no exterior, como por exemplo, a obtenção de documento, que pode ser devidamente consularizado perante as autoridades consulares com atribuição no local onde coletada a prova” (ANSELMO, Márcio Adriano. *Cooperação Internacional em Matéria Penal no Âmbito do Mercosul*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 228-229).

<sup>1225</sup> Em muitos desses casos, já se sabe, antes mesmo de começarem os processos, qual será o seu resultado, servindo as etapas processuais de cooperação apenas para cumprir formalidade, suprimindo garantias e direitos processuais sem os quais resta apenas um simulacro de processo. Em casos tais, não se assegura o direito de defesa em todas as suas etapas, baseando-se o julgamento em inferências probatórias formadas unilateralmente, em detrimento do contraditório e sem cumprimento os requisitos elementares do devido processo legal. (Nesse sentido, o manifesto Carta Aberta contra a Lava Jato. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-15/advogados-acusam-lava-jato-desrespeitar-garantias-fundamentais>. Acesso em: 10 ago. 2016).

<sup>1226</sup> POPP, Peter, *Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen* - Assistência Jurídica Internacional em Matéria Penal, Basel 2001, n.89 e segs. Ver, também: ZIMMERMANN, Robert. *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 4. ed. Bern 2014, N.277, 418.

defesa, à garantia da imparcialidade da jurisdição e ao princípio do juiz natural. Deveras, figura imperioso trazermos, como exemplaridade, os casos em que o Tribunal Penal Federal da Suíça considerou ilegal a entrega de documentos pelo Ministério Público do país a procuradores do Ministério Público Federal brasileiro que atuam na chamada Operação Lava Jato<sup>1227</sup>. A promotoria suíça, que também investigava um esquema de corrupção e lavagem de dinheiro envolvendo empresas naquele país, enviou ao Brasil um pedido de cooperação, solicitando que algumas pessoas envolvidas na operação fossem ouvidas em interrogatório<sup>1228</sup>. Entrementes, juntamente com as perguntas a serem feitas, foram enviados vários documentos bancários sigilosos. Segundo o tribunal suíço, esse procedimento desconsiderou os mecanismos próprios de cooperação jurídica internacional, infringindo, assim, os direitos processuais dos investigados no âmbito dos procedimentos de cooperação jurídica internacional<sup>1229</sup>. Tratar-se-ia, assim, de um caso de *entraide*

---

<sup>1227</sup> O tribunal aponta como cerceamento do direito de defesa o fato de que nenhum representante dos acusados teria sido ouvido antes do envio dos documentos ao Brasil. Assim, “através de seu procedimento, o Apelado privou o Apelante do direito de se pronunciar, quanto à transmissão de seus documentos bancários, ao decorrer do processo rogatório. Uma aprovação de tal procedimento impediria a possibilidade de uma avaliação judicial da transmissão efetuada dos documentos bancários e inviabilizaria a proteção jurídica individual”. O tribunal aduziu ainda que “o Apelado [promotoria] deve iniciar retroativamente o procedimento correto de cooperação mútua concernente à disponibilização de dados bancários com o fim de verificar se estão presentes os requisitos materiais de uma transmissão de provas (no caso já ocorrida) e de garantir ao Apelante, ao menos a posteriori, a proteção jurídica prevista”. Entretanto, o tribunal se pronunciou no sentido de que, embora “a violação à regra de cooperação internacional poderia determinar um pedido de devolução ou mesmo um pedido de não utilização delas pelo país que recebeu as informações”, não existe “nenhuma obrigação do Estado requerido [o Brasil] de cooperar neste sentido, desde que o Estado requerido não é responsável por medidas falhas de agências governamentais suíças”. (Secretaria Federal de Justiça. Departamento de Rogatórias. Vara de Apelação do Tribunal Penal Federal. Bundesrain 20, 3003 Berna, referência processual B 238.802 ROG Bellinzona, 21 de janeiro de 2016. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-suica-provas-enviadas1.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2016).

<sup>1228</sup> Há notícias, ainda, de que o Ministério Público brasileiro driblou exigências legais para obter dados de contas bancárias na Suíça, trazendo documentos em um pen drive (mídia USB) relacionados à operação sem a autorização da Secretaria do Ministério da Justiça (Autoridade Central brasileira), como determina o tratado internacional. A própria Secretaria Nacional de Justiça fez um ofício à Procuradoria-Geral da República no qual diz que “é de extrema importância que os documentos restituídos pelas autoridades suíças não sejam usados para instruir processos ou inquéritos não mencionados no pedido de cooperação jurídica internacional, sem prévia autorização da autoridade central”. Tendo sido utilizada, através de um suposto ‘atalho investigativo’, a prova seria visivelmente ilegal, contaminando todo o processo (VASCONCELLOS, Marcos. Pedalada probatória. Ministério Público driblou a lei para trazer documentos da Suíça na “lava jato”. Nov. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-05/documentos-trazidos-suica-mpf-colocam-lava-jato-risco>. Acesso em: 14 set. 2016).

<sup>1229</sup> Por tais irregularidades, um grupo de juristas publicou um parecer apontando que, no referido caso, houve violação sistemática do princípio do devido processo legal e que, “no plano do desrespeito a direitos e garantias fundamentais dos acusados, a Lava Jato já ocupa um lugar de destaque na história do país, nunca tendo havido um caso penal em que as violações às regras mínimas para um justo processo estejam ocorrendo em relação a um número tão grande de réus e de forma tão sistemática”. A Operação Lava Jato, foi deflagrada em 2014 visando apurar um esquema de lavagem de dinheiro suspeito de movimentar cerca de R\$ 40 bilhões, sendo considerada a maior investigação de corrupção da história e envolvendo os maiores partidos políticos do país. (Carta Aberta contra a Lava Jato. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016->

*déguisée*, que se caracteriza, segundo Gstöhl, como um pedido cooperativo apenas com a aparência de legalidade, mas, em análise de mérito, trata-se de um auxílio judicial a um país estrangeiro, negligenciando ou evitando as determinações de processos rogatórios<sup>1230</sup>.

A falta de compreensão, pelos juízes, dos ordenamentos estrangeiros – sobretudo os diferentes sistemas de prova<sup>1231</sup>, as particularidades de jurisdições e um histórico formalismo da *Common Law*<sup>1232</sup> – também dificulta a concessão de pedidos que

---

jan-15/advogados-acusam-lava-jato-desrespeitar-garantias-fundamentais. Acesso em: 10 ago. 2016). Uma das empresas envolvidas solicitou ao governo português que recusasse o cumprimento de duas Cartas Rogatórias das autoridades brasileiras, que pediam a recolha de informações bancárias relativas à referida operação, ao argumento de que a prova admitida naquele processo violavam a legalidade penal, afrontando o direito ao silêncio, do direito à não autoincriminação, o direito ao recurso e a igualdade de armas, bem como que "o processo Lava Jato tem sido conduzido pelas autoridades brasileiras em violação da lei brasileira e de princípios fundamentais e de ordem pública do Estado português, designadamente da garantia a um processo justo e equitativo assegurada pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem". A PGR em Portugal não acolheu a alegação, argumentando que a autoridade judiciária a quem é pedida cooperação "carece de suporte normativo para empreender valorações sobre a lei processual do Estado requerente ou a atuação das respetivas autoridades na aplicação interna daquelas leis no âmbito do processo em que foi solicitada cooperação judiciária" e que "as autoridades portuguesas não estão legitimadas a empreender uma sindicância (...) dos atos processuais praticados no processo penal pendente no Estado requerente". Considerou ainda que alguns pedidos de cooperação feitos no âmbito da Convenção de Auxílio Judiciária em Matéria Penal entre os Estados da Comunidade de Países de Língua Portuguesa pode ser recusado, mas apenas "com fundamento na circunstância de o respectivo cumprimento ofender a segurança nacional, a ordem pública ou outros princípios fundamentais do Estado Português", frisando, portanto, que tais princípios fundamentais a serem protegidos dizem respeito "ao Estado Português" e não de indivíduos". (Disponível em: <http://www.dn.pt/portugal/interior/lava-jato-empresa-brasileira-quis-travar-investigacao-em-portugal-5150419.html>. Acesso em: 05 set. 2016).

<sup>1230</sup> GSTOHL, Caroline. *Geheimnisschutz im Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen* - Proteção de segredos no processo de assistência jurídica internacional em matéria penal, Berner Diss., Bern 2008, pág.102.

<sup>1231</sup> Como exemplo, os juramentos da *Common Law* (*sworn testimonies*), inexistentes no Brasil, e a prestação de compromisso testemunhal diferem na forma em que são administradas certas questões da prova oral. Um entrave à utilização, em território norte-americano, da prova obtida via cooperação judicial está na chamada cláusula de confronto (*confrontation clause*), contida na Sexta Emenda da Constituição, a qual estabelece que "em todos os processos criminais, o acusado deve gozar do direito a ser confrontado com as testemunhas em seu desfavor". Outra dificuldade relacionada à mesma Sexta Emenda reside na Cláusula de Processamento compulsório (*Compulsory Process Clause*), a qual estabelece que "em todos os processos criminais, o acusado deve gozar do direito ao processo compulsório pela obtenção de testemunhas em seu favor", o que implica na imperiosidade de o Estado envidar todos os esforços possíveis para intimar a testemunha residente no estrangeiro a comparecer em juízo. Levado à literalidade, nenhuma prova produzida no estrangeiro poderia ser admitida das Cortes norte-americanas, esvaziando-se de sentido a cooperação penal internacional, fato que levou a suprema Corte a flexibilizar a admissão de testemunhos colhidos no estrangeiro (Caso *Mancusi v. Stubbs*). As consequências também variam, logo que aquele que presta juramento, se o violar, cometerá crime de perjúrio (nos EUA, *US Code, Title 18, Part I, Chapter 79, § 1621*), enquanto que o que se compromete a prestar depoimento verdadeiro e mente, comete crime de falso testemunho (no Brasil, a tipificação se encontra formulada por meio do art. 342 do Código Penal). Acerca da diferença da metodologia científica aplicada na obtenção e valoração de provas em tradições de *Common Law* e *Civil Law*, em breves parágrafos, GUARDIA, Gregório E. R. S. *Law of Evidence e Common Law: o Sistema de Provas e o Sigilo no Direito Inglês*, R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, v. 106/107, jan/dez 2011/2012, pp. 734-734, disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67963/70571>. Acesso em 20 ago. 2015.

<sup>1232</sup> No fim da Idade Média, com a ampliação da competência dos Tribunais Reais, os súditos interessados nas resoluções de seus litígios tinham duas alternativas: encaminhar-se ao chanceler,

sejam eficazes<sup>1233</sup>. Isso ocorre, também, pelo fato de os países de *Common Law* serem muito voltados ao seu limite territorial, enquanto os países de *Civil Law* detêm um escopo muito mais extraterritorial<sup>1234</sup>. As Cortes dos sistema anglo-saxão, de um modo geral, são mais isolacionistas e refratárias em relação ao Direito Penal e Processual Penal estrangeiro, além de não serem familiarizados com os poderes explícitos e implícitos do julgador para conceder a assistência<sup>1235</sup>.

Cumprir lembrar, nesse contexto, que os instrumentos de cumprimento interno dos pedidos de cooperação jurídica são estabelecidos pela lei processual de cada país. Por tal razão, os mecanismos de cooperação e os procedimentos correspondentes empregados pelo Direito interno de cada país não coincidirão necessariamente com aqueles praticados pelas leis de outro Estado. Em meio a esse ambiente de anomia, inadequação e assincronias normativas, “a luta contra a criminalidade é particularmente sensível e aproveitadora de espaços normativos ou de inibições ou incertezas no que toca à efectiva e real aplicação atempada da lei penal”<sup>1236</sup>.

Cada país e cada tratado sugerem medidas com listas específicas de requisitos, sendo, portanto, inúmeras as variantes, o que acaba, em algum momento, por romper o encadeamento da medida cooperativa solicitada no exterior, prejudicando, assim,

---

representante oficial do rei, pugnando pela concessão de um determinado direito, ou direcionar sua insatisfação diretamente aos juízes reais através de petições. Nesse último caso, narravam a situação fática que constituía o objeto do processo e pediam aos juízes que, em face do ocorrido, assumissem a jurisdição da causa. Essas ações em que os juízes admitiam sua competência para o julgamento correspondente eram chamadas *actions on the case*. O excesso de formalismo começa, a partir daí, a ser uma nota peculiar da *Common Law*, já que o futuro das causas postas perante os Tribunais Reais dependiam do modo como a ação seria conduzida. Para cada pretensão deduzida, havia um correspondente processo que definia sucessão de atos a serem praticados, o modo de examinar determinados incidentes, as hipóteses de representação das partes, as modalidades de aceitação do material probatório e os mecanismos de execução da sentença. (DAVID, Rene. Os grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Martins Fontes, São Paulo, 2002, p.363). Enquanto no sistema de direito continental o processo se voltava primordialmente para a delimitação dos direitos e obrigações das partes, a *Common Law*, nas suas origens, voltava-se primordialmente para a determinação do tipo de processo que seguiria o seu curso (*forms of action*). Constituíam-se, nessa dinâmica, o conhecido sistema do *remedies precede rights* (o processo precede o direito), responsável pelo desenvolvimento de processos carregados de formalismo e de uma estrutura de sistema jurídico baseada na valorização do tecnicismo, já que a principal questão a ser dirimida na situação litigiosa era a admissão ou não da competência dos Tribunais Reais e, quando de sua admissão, a forma como o processo seria conduzido.

<sup>1233</sup> BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: eficácia da Prova Produzida no Exterior*, 2009, p. 45-46. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010.../Texto.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010.../Texto.pdf). Acesso em: 19 ago. 2015.

<sup>1234</sup> Nesse sentido: ABELL, Michael. *Obtaining Evidences Abroad in Criminal Cases*. Boston: Martinus Publishers, 2010, p. 03.

<sup>1235</sup> Na exata abordagem do texto: MUELLER, Gerhard. *International Criminal Law*. New Jersey: Fred Rothman & Co., 1965, p. 415.

<sup>1236</sup> COSTA, José Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, ano 9, n. 34, abr./jun. 2001, p. 26.

a relação de cooperação<sup>1237</sup>, bem como - na mesma ou até em maior medida – malferindo a própria segurança jurídica do encaminhamento da persecução penal empreendida através do pleito cooperativo e, pois, a própria situação jurídico-processual do visado. Cumpre aqui, nesse aspecto, assumir como relevante a advertência de Caeiro no sentido de que o desenvolvimento concreto de um espaço facilitador da cooperação penal internacional - corporificado, segundo o autor, no espaço de “liberdade, segurança e justiça” iniciado no Tratado de Amsterdão - pode cumprir “uma função essencialmente ideológica destinada a legitimar opções político-jurídicas de discurso securitário”<sup>1238</sup>, de modo que o plano normativo que se sugere, nesta presente pesquisa, visa ao incremento da cooperação penal internacional sem a convalidação de infrações a direitos fundamentais.

Também quando a comunicação entre os diversos sistemas jurídicos não é feita entre as mesmas autoridades judiciárias, mas entre instituições diferentes, resta inviabilizado, na maioria das vezes, o propósito cooperativo<sup>1239</sup>, confundindo o jurisdicionado e até mesmo a autoridade estrangeira<sup>1240</sup>. Em muitos desses casos, em virtude da natureza, muitas vezes, fluida da prova, a rapidez em sua obtenção é indispensável, o que faz com que a assistência direta seja a maneira mais adequada para a consecução do pedido. Ante a insuficiência dos mecanismos tradicionais de cooperação para lidar com as situações que os Estados têm enfrentado em tempos de intensos fluxos migratórios, acercamentos comerciais e políticos, relativização de controles fronteiriços,

---

<sup>1237</sup> Assim, por exemplo, no Brasil, a competência para proferir *exequatur* às cartas rogatórias é do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, I, i, da CF. Recebida a Carta Rogatória no Brasil, ela é encaminhada ao STJ que, em sede de juízo de delibação, verifica a adequação do pedido aos aspectos formais, bem como à ordem pública, conceito em que se inserem a soberania e os bons costumes. Não há, nesse juízo, análise de mérito das razões que levaram a autoridade estrangeira a decidir pela realização da diligência solicitada. Concedido o *exequatur*, inicia-se, na carta rogatória, a segunda fase do seu procedimento. Passa-se à execução do ato estrangeiro por meio de um juiz federal de 1ª instância do local da execução no Brasil. Após a realização das diligências, o Juízo Federal devolve o pedido ao STJ, que finaliza os procedimentos internos e encaminha a carta rogatória à Autoridade Central brasileira. Recebida a informação referente ao cumprimento da carta rogatória, a Autoridade Central brasileira encaminha a respectiva documentação à Autoridade Central do Estado requerente. (Cartilha cooperação jurídica internacional em matéria penal / Secretaria Nacional de Justiça; elaboração e organização: Ricardo Andrade Saadi, Camila Colares Bezerra. -- Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), 2012, p. 6 e 12).

<sup>1238</sup> CAEIRO, Pedro. Cooperação Judiciária na União Européia. In: Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários. Coimbra Editora, 2009, p. 73.

<sup>1239</sup> Nesse sentido: SIEBER, Ulrich. O Futuro do Direito Penal europeu – Uma nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu, in “Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias”. Coimbra Editora, 2009, p. 497.

<sup>1240</sup> Nesses termos: LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio Direto: Novo Instrumento de Cooperação Jurídica Internacional*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2010, p. 58.

entre outros fenômenos da modernidade<sup>1241</sup>, devem-se buscar mecanismos outros que não os tradicionalmente previstos, os quais restam amarrados na burocracia hierárquica e procedimental prevista nos textos constitucionais ou mesmo nas legislações ordinárias<sup>1242</sup>, bem como, principalmente, não possuem uniformidade que dê a aptidão que o pleito cooperativo requer.

Para a superação desses paradigmas, torna-se imprescindível a padronização de um procedimento de cooperação jurídica internacional *stricto sensu* que seja realizado de forma direta e simplificada, por autoridades judiciais de primeira instância dos Estados envolvidos, de modo a tornar o modelo de cooperação entre os países, definitivamente, seguro e eficiente, garantido-se ao arguido toda a proteção exigida pelo devido processo legal<sup>1243</sup>. O aperfeiçoamento do sistema permitiria que os pedidos de assistência judiciária não estivessem sujeitos a juízo de delibação ou a controle prelibatório de qualquer instância diplomática ou mesmo de qualquer órgão do Poder Executivo ou Corte Superior do Poder Judiciário, devendo ser levados, de logo, ao juízo de primeiro grau competente para a apreciação do pedido, se for o caso de cooperação que envolva provimento jurisdicional ou necessária intervenção judicial<sup>1244</sup>. Voltando-se aos muitos mecanismos de cooperação penal internacional entre os diversos países, em estudo dos previstos nos 6 (seis) países constante do anexo desta Tese, bem como dos instrumentos internacionais dos quais os mesmos fazem parte, evidente se mostra a necessidade de uma simplificação do procedimento cooperativo, para torná-lo direto, desburocratizado e alinhado às novas tecnologias.

Assim, o grande desafio para a cooperação jurídica internacional é a criação de um instituto uniforme que possibilite respeitar o devido processo legal e também as peculiaridades de cada ordenamento, ensejando ao mesmo tempo o aprimoramento da

---

<sup>1241</sup> TOFFOLI, José Antonio Dias. *Mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional no Brasil*, p. 8-9, Disponível em: [www.agu.gov.br/page/download/index/id/1070064](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/1070064). Acesso em: 19 ago. 2015.

<sup>1242</sup> Acerca do desenvolvimento da ideia de que a cooperação deve transcender as suas formas tradicionais, de maneira a possibilitar uma resposta comum a problemas comuns, *ver*, por todos: CAEIRO, Pedro. *Cooperação Judiciária na União Européia*. In: *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Coimbra Editora, 2009, p. 73.

<sup>1243</sup> Acentuando, aqui, como alerta, que a rejeição de um paradigma sem que se suceda à simultânea substituição por um novo modelo teórico, importa em rejeição da própria ciência (KUHN, Thomas. *A estrutura das Revoluções Científicas*, 6. ed. São Paulo: Perspectiva Ed., 2001, p. 110).

<sup>1244</sup> Sobre a necessidade de novos mecanismos para a facilitação da cooperação jurídica, como o reconhecimento imediato de decisões e a disponibilização de dados, veja-se: SIEBER, Ulrich. *Limites do direito penal – princípios e desafios do novo programa de pesquisa em direito penal no Instituto Max-Planck de direito penal estrangeiro e internacional*. *Rev. direito GV* v.4 n.1 São Paulo: Jan./Jun 2008, p. 52 e ss.



cooperação e o respeito aos direitos do indivíduo. Já que o intuito de desenvolver a cooperação entre os Estados e proteger judicialmente os direitos individuais envolvidos depende, à luz do que foi visto, de um maior grau de linearidade no procedimento cooperativo, controle judicial e de uma maior desburocratização e aproximação das legislações<sup>1245</sup>, propõe-se, aqui, incipientemente, a criação, no âmbito de cada ordenamento jurídico, do instituto da *Colaboração Recíproca Direta* através de jurisdição exclusiva da autoridade judicial de primeiro grau, dispensando a deliberação de quaisquer outros órgãos do Poder Judiciário e a ingerência de qualquer outro órgão diplomático ou de outro poder constitucional<sup>1246</sup>. A indicação quantitativa e competencial do juiz de primeira instância ficaria a cargo do legislador interno de cada país, de acordo com suas peculiaridades orgânicas, estruturais, inclusive geográficas. Os pontos de contato, necessariamente órgãos jurisdicionais, poderiam ser designados pelas autoridades centrais de cada Estado, aprimorando a cooperação no âmbito dos Estados e aproximando os países através de uma ligação mais segura, direta e eficaz<sup>1247</sup>.

A *Colaboração Recíproca Direta* entre juízes de primeiro grau operar-se-ia de maneira desburocratizada, ininterrupta e acessível, por meio de solicitação direta entre os mesmos, em que os magistrados de diferentes nacionalidades pudessem assistir-se mutuamente, através de telex, fac-símile, correio eletrônico, telefone (voz ou mensagens de texto), videoconferência ou meio equivalente, enviando e recebendo informações ou determinações processuais ou pré-processuais, as quais devem ser confirmadas por documento original firmado pela autoridade judicial requerente dentro do prazo de 30 (trinta) dias seguintes à sua formulação. Veja-se que, pelo modelo de cooperação

---

<sup>1245</sup> Também nessa linha: MARTINEZ, Rosa. *El embargo preventivo y seguramento de pruebas, La ejecución de sanciones pecuniárias y el comiso: lãs decisiones marco in derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional, Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 13, 2003, p. 387.

<sup>1246</sup> Outras dificuldades que se têm observado são decorrentes da lenta adesão de Estados e de instituições ao instrumento de auxílio direto, pelos que ainda defendem que são atentatórios à soberania ou representam “atropelamento” de instâncias constitucionais, bem como a burocracia que ainda tem sido enfrentada em alguns casos. A esse respeito, tese de doutoramento apresentada na Universidade de São Paulo: BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: eficácia da Prova Produzida no Exterior*, 2009, p. 45-46. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010.../Texto.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010.../Texto.pdf). Acesso em: 19/08/2015.

<sup>1247</sup> No Brasil, apenas a título exemplificativo, tal atribuição pode ficar a cargo de um juiz federal representante de cada unidade da Federação, a depender do domicílio do arguido, estando cada qual responsável pelos pedidos ativos e passivos que digam respeito ao território sob sua jurisdição. Acrescente-se que, na decisão-quadro que instituiu o mandado de detenção europeu, nada se disse sobre as características da autoridade judiciária competente para tanto, restando a cada legislador interno a definição correspondente, tendo Portugal, por exemplo, indicado os Tribunais de Relação, conforme a área de domicílio do arguido, nos termos do art. 15 da Lei n. 65/2003, de 23 de agosto.

organizado pelo Escritório das Nações Unidas de Drogas e Crimes – UNODC - , podem ser aceitos, como forma do pedido de cooperação, qualquer meio de comunicação que possibilite o registro por escrito posteriormente, sendo possível inclusive, em casos urgentes, que o pedido seja feito oralmente.

A *Colaboração Recíproca Direta* pode ter, como objeto, a comunicação de atos processuais, o intercâmbio de informações, a localização e a transferência de pessoas, a extradição, a eficácia de decisão estrangeira, a instrução ou qualquer outro tipo de medida cooperativa *strictu sensu*. O instituto referido substituiria, na prática, os procedimentos de carta rogatória, ação de homologação de decisão estrangeira, auxílio direto, transferência de processos penais, extradição, transferência de pessoas apenadas, transferência de procedimentos penais, identificação, localização e custódia de pessoas, coleta e produção de provas, buscas e apreensões, identificação, localização, arresto, sequestro e indisponibilidade de bens, decretação de confisco ou perda e proteção de vítimas e testemunhas. Na prática, a *Colaboração Recíproca Direta* seria uma saída para resolver os entraves na consolidação dos modelos de cooperação causados pela existência de diferentes ordens jurídicas. O que possibilita a revisão das formas de cooperação penal internacional e a institucionalização da *Colaboração Recíproca Direta* é exatamente viabilizado pelo reconhecimento por parte dos Estados de um modelo normativo minimamente harmonizado.

Trata-se de uma dinâmica que pode conduzir à integração jurídica processual por meio de troca de informações ou determinações judiciais sobre as provas e os sujeitos processuais, podendo ocorrer entre os membros dos mais diversos sistemas judiciários, através dos *e-mails*, de um *login on-line*, de telefones ou de equipamentos de videoconferência oficialmente cadastrados e disponibilizados. Para o contexto que aqui se desenha, observe-se, quanto a esse último meio, a disciplina de Pisani quanto ao que ele chama de videoconferência transnacional, apontando-a como uma forma de rogatória à distância e indicando como vantagens de sua utilização: a redução de tempo para cumprimento do pedido cooperativo, a possibilidade efetiva de participação da autoridade judicial na atividade probatória e a participação das partes<sup>1248</sup>.

---

<sup>1248</sup> PISANI, Mario. *Rogatorie internazionali e videoconferenze*, *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, v. 57, n. 4, 2002, p. 983. Essa alternativa contornaria ainda, por exemplo, a dificuldade relacionada à mesma Sexta Emenda da Constituição norte-americana, acima referida, preservando o direito do acusado de obtenção de testemunhas em seu favor.

Para exemplificar o pensamento, não há como negar a utilidade da metódica de se solicitar a intimação de uma determinada testemunha localizada em outro país, através de *e-mail*, com agendamento de sua oitiva a ser realizada em curto espaço de tempo através de equipamento de videoconferência. Do mesmo modo, diga-se em relação à determinação de busca e apreensão em outro país, através do envio da cópia de mandado respectivo através do envio da decisão por *e-mail*, na forma de um *login on-line*, mensagem de texto de telefones ou computadores. Com a implementação tecnológica direta, o instituto, permitiria, ainda, estabelecer novos padrões de aplicação da lei e, conseqüentemente, fornecer o exato contrapeso ao novo instituto, reduzindo-se, por exemplo, o recurso à prisão preventiva por meio das assim chamadas medidas de vigilância eletrônica<sup>1249</sup>, garantindo um equilíbrio entre a necessidade de proteger a apuração da verdade e os legítimos interesses do averiguado nos procedimentos de cooperação.

A *Colaboração Recíproca Direta* de caráter penal seria utilizada, em regra, quando um Estado, a fim de subsidiar procedimento em trâmite em seu próprio território, necessita de providência judicial a ser obtida em outra jurisdição, independentemente da espécie ou natureza do pedido cooperatório. Ressalte-se que a jurisdição exclusiva do juiz de primeiro grau que receber o pedido não lhe fornece cognição plena para apreciá-lo, devendo cumprir diretamente o pedido sob a óptica da legislação do juiz requerente e exercer juízo valorativo sobre o mesmo apenas no que tange à adequação à ordem pública nacional<sup>1250</sup> - aqui incluídas, necessariamente, as normas de garantias processuais dos arguidos<sup>1251</sup> - e à legitimidade jurisdicional e competencial do juiz requerente que exarou a

---

<sup>1249</sup> Nesse sentido, ver sugestão de Schunemann: SCHUNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. In *RBCC 90*, 2011, p. 198.

<sup>1250</sup> Quanto a esta concepção, cumpre verificar que os tratados internacionais que propugnam a harmonização das legislações nacionais respaldam a idealidade de ordem pública ao circunscrever a necessária equivalência ou homogeneidade de procedimentos (RUBIO, Carlos Ramos. *Comisiones Rogatorias para La obtención de pruebas, Problemas de validez de las pruebas obtenidas em El extranjero: análisis de La jurisprudência del Tribunal Supremo Espanol, Estudios Juridicos, Madrid: Ministerio Fiscal*, n. 3, 2003, p. 364). Esse fundamento é encontrado em diversos tratados de assistência legal entre Estados, os quais preveem autorização para que o Estado requerido possa negar uma solicitação, se ela representar prejuízo à sua soberania, segurança, ordem pública ou a outros interesses essenciais. Assim, por exemplo, veja-se o artigo 2º da Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, de 20 de abril de 1959: “O auxílio judiciário pode ser recusado... Se a Parte requerida considerar que o cumprimento do pedido pode atentar contra a sua soberania, segurança, ordem pública ou qualquer outro interesse essencial do seu país”. Esses são fundamentos de recusa intimamente relacionados e podem ser tratados em conjunto como relativos à ordem pública.

<sup>1251</sup> Assim, de um modo especial, quando se trate de intervenção sobre direitos individuais, tais como o direito de liberdade, de sigilo de correspondência, de telefonia ou de dados, de manifestação, de aceder ao Judiciário e usar dos recursos para sua defesa.

decisão com o pedido de cooperação<sup>1252</sup>. Sendo positivo o juízo de deliberação, o juiz de primeiro grau executa diretamente a medida cooperativa requerida. Caso contrário, antes da negativa de cooperação, a autoridade requerida deve consultar também diretamente a autoridade requerente para que a cooperação seja prestada nos termos e limites das normas de ordem pública do Estado requerido<sup>1253</sup>. Leve-se em conta, quanto a esse aspecto, que essa solução propende-se a acrescentar expressiva funcionalidade à tramitação dos pedidos de cooperação, pois um dos fatores de extrema relevância para garantir que a cooperação penal internacional seja eficiente e segura é exatamente a forma de comunicação e relacionamento entre as autoridades estrangeiras<sup>1254</sup>.

A sugestão de preponderância da legislação do Estado requerente coincide, inclusive, com a sugestão feita por diversos professores, sob a coordenação de Schunemann<sup>1255</sup>, quando da elaboração de um Projeto Alternativo de Persecução Penal Europeia (para substituir o Tratado Constitucional), os quais entenderam que a cooperação jurídica deveria se basear na aplicabilidade, em princípio, do ordenamento jurídico da

---

<sup>1252</sup> Tal análise restritiva, por parte do juiz, impõe-se como a única forma de harmonizar o respeito à ordem pública - e, dentro dessa, de modo primordial, a proteção integral dos direitos e garantias dos investigados no processo - com a mitigação da verificação de critérios por juízo de prelibação por parte de Corte Superior e a permissibilidade de aplicação de uma sentença estrangeira, emitida sob os rigores da lei estrangeira, dentro do espaço nacional. Baltazar Júnior, em análise ao mecanismo do MLAT, refere as vantagens dessa dinâmica: “uma grande vantagem proporcionada por tal mecanismo é a possibilidade de que a prova seja produzida de acordo com a legislação do Estado requerente, evitando que as diferenças de procedimento tornem a prova inútil (...) Se comparado com o sistema de cartas rogatórias, a cooperação direta é mais rápida, pois o pedido é encaminhado pela autoridade requerente (...) e prevê a superação de algumas dificuldades procedimentais, permitindo que a prova seja produzida, no Estado requerido, de acordo com as regras do país requerente (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Cooperação Jurídica Penal em Matéria Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 59). Também o Protocolo de Las Leñas atribuiu “efeito extraterritorial às de sentenças estrangeiras”, no caso de pedido de homologação, dando eficácia à legislação do Estado requerente, ainda que não tenha sido eliminada, de todo, a necessidade de procedimento prévio no âmbito do país requerido, o qual, entretanto, passou a ser simplificado. Também o Superior Tribunal de Justiça brasileiro tem exigido a prolação de decisão proferida pela autoridade judicial competente do estado requerente, haja vista as limitações intrínsecas ao juízo de deliberação. O STJ e o STF brasileiros exigem, ainda, a existência de decisão judicial instruindo os pedidos de cooperação formulados pelos Estados que celebraram com o Brasil acordos de cooperação internacional. Ressalte-se, entretanto, que nos exemplos acima, diferentemente do que aqui se propõe, impescinde-se da participação da autoridade central.

<sup>1253</sup> Procedimento esse que já ocorre com alguns tratados de assistência (a exemplo do MLAT entre Brasil e EUA), com o diferencial que, nesses casos, as relações de adequação e de consulta são feitas pelas autoridades centrais.

<sup>1254</sup> CIAMPI, Annalisa. *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*. Verona: CEDAM, 2003, p. 542. Também no sentido de que a garantia de uma cooperação segura e eficiente advém, além da determinação do direito aplicável, primordialmente da forma de comunicação e relacionamento entre as autoridades estrangeiras: BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: eficácia da Prova Produzida no Exterior*, 2009, p. 45-46. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010.../Texto.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010.../Texto.pdf). Acesso em: 19/08/2015.

<sup>1255</sup> Entre eles, Hefendehl, Hilgendorf, Satzger, Tatjana Hörnle, Lampe, Lüderssen, Nestler, Guillermo Ormazábal, Dan Frände e Wolfgang Wohlers.

instância onde corre o processo, com ressalvas quando a necessidade de proteção dos direitos fundamentais de quem é afetado pelo processo o justifique, caso em que procura aplicar-se o regime mais protetor<sup>1256</sup>. Saliente-se, por relevante, que o projeto visivelmente realça as dimensões de liberdade e da proteção dos direitos fundamentais, em contraponto à gestão de segurança contra a criminalidade<sup>1257</sup>.

Na *Colaboração Recíproca Direta* o pedido da autoridade estrangeira é considerado como de natureza judicial, e não administrativa, de modo que o juiz nacional competente conheça do pedido apenas fazendo o controle negativo de atentado à ordem pública, sem novo exercício jurisdicional sobre a sua forma ou seu conteúdo meritório, e sem a necessidade de instrumentalização do pedido através de outras instâncias administrativas ou jurisdicionais, fazendo ele próprio, pois, a análise de concessão de *exequatur*<sup>1258</sup>. Submeter a provocação da autoridade requerente a um novo e completo controle sobre o mérito e sobre os aspectos formais do pedido significa submeter 2 (duas) vezes o mesmo ato a controle jurisdicional de 02 (duas) autoridades diferentes, diminuindo o alcance eficaz e seguro do pleito cooperativo ou, até mesmo, inviabilizando-o.

Poder-se-ia alegar que não há inovação no referido instituto, eis que a ampliação do já existente "auxílio direto" para todas as modalidades de cooperação

---

<sup>1256</sup> No que diz respeito à definição do direito material aplicável, entende-se que, em geral, prevalece a lei do Estado requerente, com fulcro no princípio da territorialidade e, em relação à lei processual, estabelece-se a aplicação da lei processual do Estado requerido. Salienta Moro que “na cooperação jurídica internacional, sempre será observado o Direito aplicável do País requerido para a produção do ato requerido, salvo se existir tratado regulando a cooperação e este dispor de maneira diversa” (MORO, Sérgio Fernando. *Cooperação Jurídica Internacional em Casos Criminais: considerações gerais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 27). Ocorre que não há, dentre as normas internacionais, nenhuma que obrigue a adoção da lei deste ou daquele Estado no procedimento do pedido de cooperação, podendo os Estados requerente e requerido determinar as condições mais adequadas ao referido processo.

<sup>1257</sup> SHÜNEMANN, Bernd. *Proyecto alternativo de persecución penal europea*, Madrid: Dykinson, 2007, p. 15. Inês Horta descreve que o referido projeto invoca as ideias herdadas do Iluminismo, considerando-se que, nos últimos anos, o espírito democrático e liberal do Estado de Direito - que deveria manifestar-se em uma preocupação de equilíbrio entre o dever do Estado de proteger os bens jurídicos e o de proteger as liberdades frente ao poder – não tem estado presente na ação dos governos europeus no âmbito da justiça penal. Sendo assim, a obra “substitui o espírito tecnocrático que impregna os atos normativos do Conselho pelo espírito liberal da Ilustração” (PINTO, Inês Horta. *A Harmonização dos Sistemas de Sanções Penais na Europa – Finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas de futuro*. Coimbra Editora, set. 2013, p. 294).

<sup>1258</sup> Nesse aspecto, a diferença é que se busca concentrar a análise jurisdicional no órgão de primeiro grau, já que nos países que não prescindem do instituto do *exequatur* por parte do Tribunal Superior (caso do Brasil, por exemplo), a manifestação da autoridade judicial do país requerido, acerca da cooperação solicitada, não ingressa no mérito da causa originária da autoridade requerente. Não se está a pregar, aqui, portanto, o fim do processo tradicional de validação (*exequatur*), a exemplo do que já se vislumbra em relação ao mandado de detenção europeu, conforme se pode ver em: FLORE, Daniel. *Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité, La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l’Union européenne*, Edition de l’Université de Bruxelles, 2001, p. 75.

cumpriria o intento de celeridade e segurança, sem a necessidade dos burocráticos e, muitas vezes, inviabilizantes *exequatur* e homologação do ato jurisdicional estrangeiro. O fato é que, por meio do auxílio direto, a autoridade requerida conhece dos fatos narrados pela autoridade requerente para daí proferir uma decisão nacional, provocando procedimento idêntico ao que ensejaria um caso puramente nacional, de forma que a ele se aplicam as regras processuais do país requerido<sup>1259</sup>. No auxílio direto (realizado entre autoridades centrais dos Estados-parte), o Estado estrangeiro não se apresenta na condição de juiz, mas de membro da Administração pública, já que não encaminha um pedido judicial de auxílio, mas uma solicitação para que a autoridade judicial do Estado requerido assumas as providências e medidas requeridas no âmbito nacional<sup>1260</sup>. No caso do auxílio direto, o pedido da autoridade estrangeira é considerado como de natureza administrativa, e não judicial, de modo que o juiz nacional competente conheça do pedido em sua forma e conteúdo meritório. Nesse caso, trata-se de distinção meramente para escapar à necessidade de prelibação de Corte Superior, partindo da convenção de que pedido de auxílio direto é tratado como se fosse pedido formulado dentro do país requerido, sujeito às regras de direito interno comuns, com o fim de obtenção de provimento genuinamente nacional. É a própria autoridade do Estado requerido que toma a decisão, provocado pela autoridade estrangeira, verificando não apenas as formalidades, mas o próprio mérito da solicitação<sup>1261</sup>.

Na *Colaboração Recíproca Direta*, o juiz de primeiro grau requerido realizaria ele próprio o *exequatur* e a homologação do ato jurisdicional estrangeiro, dando integral cumprimento ao comando estrangeiro, sem a necessidade de análise dos fatos com consequente nova decisão de sua parte. Assim, essencialmente, a partir da exarcação de uma decisão, por uma autoridade judiciária competente, com fulcro no Direito do Estado de onde ela emana – e com amarras reconhecidamente também advindas do Direito do Estado onde a mesma será executada, tendo em vista a harmonização de ambos os sistemas – a

---

<sup>1259</sup> Assim, no caso de auxílio direto, o juiz de primeiro grau que receber o pedido tem cognição plena para apreciá-lo, estabelecendo o contraditório para embasar o seu livre convencimento. A esse respeito, discorre-se um pouco em *Guideline* da Secretaria Nacional de Justiça do Brasil acerca de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal, p. 19 e 21. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/CartasRogatorias/Documentos/CartilhaExpedCRPenal.pdf>, Acesso em: 19/08/2015.

<sup>1260</sup> Atualmente, nos casos de medidas solicitadas pela autoridade estrangeira que ultrapassem os limites do juízo meramente delibatório, exigindo uma ação de cognição plena, utiliza-se o auxílio direto, conforme o teor do art. 7 da Resolução n. 9/2005 do Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

<sup>1261</sup> Nesse sentido: ARAÚJO, Nadja. *Medidas de cooperação interjurisdicional no Mercosul*. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 30, n. 123, 2005, p. 45.

referida decisão deve ter um efeito direto à execução sem reanálise meritória no Estado exequendo. Assim, de forma similar - mas longe de se perfazer idêntica – ao regime atualmente em operabilidade através do mandado de detenção europeu, a autoridade judiciária do Estado do âmbito em que a decisão pode ser executada, após a validação da sentença estrangeira (*exequatur*), deve prestar a sua colaboração à execução dessa decisão, como se o caso fosse de uma decisão exarada por uma autoridade judiciária competente do seu próprio Estado<sup>1262</sup>.

A proposta de regulamentação do presente instituto da *Colaboração Recíproca Direta* também não se iguala, entretantes, ao regime do mandado de detenção europeu: conforme visto linhas atrás, este, inicialmente, não pressupõe, necessariamente, a harmonização entre os sistemas jurídicos dos Estado-Membros em relação aos crimes em face dos quais se pretende vê-lo operar, baseando-se exclusivamente no reconhecimento mútuo que, por sua vez, fica apenas formalmente ancorado na confiança mútua entre os países. Nesse contexto, entende-se que também não poder-se-ia operar o instituto da *colaboração recíproca* direta antes de uma harmonização mínima entre os ordenamentos jurídicos, como faz o mandado de detenção europeu, que reconhece mutuamente e de forma descriteriosa as legislações envolvidas sem a devida aproximação e, pois, sem a adequada confiança.

O desenvolvimento de uma aproximação entre os ordenamentos permitiria uma elevação do grau de confiança entre as autoridades judiciais partes na cooperação penal, mantendo-se, conforme visto anteriormente na presente Tese, um certo grau de generalidade de acordo com as tradições e regras do sistema penal processual e, sobretudo, material de cada Estado-Membro. Através do instituto da *Colaboração Recíproca Direta*, que pressupõe a aproximação normativa entre as diversas legislações para fins de cooperação penal internacional, haverá motivo para que os países possam verdadeiramente confiar a ponto de cooperar com a persecução desenvolvida no outro, por reconhecer, no ordenamento diverso, uma base normativa harmônica à sua. Verdadeiramente, possuindo um ambiente normativo comum e convergente, é mais que natural que os Estados passem a confiar uns nos outros na solução de problemas que lhes são também comuns, cumprindo,

---

<sup>1262</sup> O mandado de detenção europeu, segundo nos diz Anabela Rodrigues, está ligado “à noção de um espaço comum de justiça, onde se visaria realizar a ambição de livre circulação das decisões judiciais”. (RODRIGUES, Anabela Miranda. O Mandado de detenção europeu: na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, ano 13, n.1, jan. - mar. 2003, p. 34).

assim, a noção de confiança conforme Luhman, segundo o qual a mesma promove o compromisso mútuo entre as partes e presume o seu efetivo envolvimento, a partir da interação e do conhecimento recíproco<sup>1263</sup>. A manifestação do princípio da confiança está, ademais, associada à observância das liberdades individuais, especialmente as garantias processuais, que estruturam o modelo e limites da atuação estatal, traduzindo maior segurança na preservação dos elementos essenciais na relação entre os Estados<sup>1264</sup>.

A *Colaboração Recíproca Direta* estaria legitimada em um cenário normativo representado como em um meio-termo entre a harmonização completa dos sistemas jurídicos (unificação) e um sistema de inspiração federalista de reconhecimento mútuo pleno com efeito, em um Estado, da legislação de um outro Estado. Entende-se, aqui, portanto, que as várias e fundamentadas críticas que se fazem ao regime do mandado de detenção europeu não têm valia nos contornos em que se apresenta o presente instituto da *Colaboração Recíproca Direta*. Veja-se que, no instituto europeu, a ideia de confiança mútua surge como um pressuposto indispensável da realização do princípio do reconhecimento mútuo<sup>1265</sup>, que dá operabilidade formal ao referido instituto, conforme previsão expressa da própria decisão-quadro que o instituiu<sup>1266</sup>, mas, verdadeiramente, não há operabilidade material da confiança exatamente ante a falta de harmonização entre os vários sistemas penais. Nesse sentido, diz-se que o instituto do mandado de detenção europeu não poderia funcionar senão a partir do momento em que os Estados-Membros confiassem que os seus sistemas jurídicos e respectivos processos pudessem garantir qualidade suficiente às decisões, tomadas por autoridades competentes, que dão lugar à

---

<sup>1263</sup> LUHMAN, Niklas. *Confiança*, Anthopos, México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 20.

<sup>1264</sup> Nesse sentido, a aplicação efetiva do princípio da confiança à cooperação jurídica internacional em matéria penal, tem como reflexo a possibilidade de uma assistência mais eficiente e segura, pois é através dela que o Estado se vale para atender “às expectativas da sociedade no tocante à previsibilidade e estabilidade nas relações, de modo que, quanto mais confiança recíproca houver no relacionamento entre os Estados, tanto maiores serão as possibilidades de atendimento às mencionadas expectativas” (BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: eficácia da Prova Produzida no Exterior*, 2009, p. 45-46. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010/Texto.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010/Texto.pdf). Acesso em: 19/08/2015).

<sup>1265</sup> Nesse exato sentido: RODRIGUES, Anabela Miranda. O Mandado de detenção europeu: na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 13, n.1, jan./mar. 2003, p. 38.

<sup>1266</sup> Assim: “O mandado de detenção europeu previsto na presente decisão-quadro constitui a primeira concretização no domínio do direito penal, do princípio do reconhecimento mútuo...”. (Decisão Quadro do Conselho da Comunidade Européia, de 13 de Junho de 2002, Relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-membros, Jornal Oficial das Comunidades Europeias, PT, L 190, 18.07.2002, p. 1).



execução nos seus territórios<sup>1267</sup> e, por essa razão, o mandado de detenção europeu não alcançou o objetivo pretendido pela UE, tendo em vista exatamente a falta de harmonização dos vários sistemas penais<sup>1268</sup>.

A técnica do reconhecimento mútuo baseia-se numa falsa ideia de confiança, na medida em que o Estado que opera o reconhecimento confia em que os atos jurídicos reconhecidos são adequados à regulação da situação material em causa tendo em vista formulações abstratas e genéricas de “identidade de valores jurídico-políticos profundos”<sup>1269</sup>, “respeito homogêneo aos direitos humanos”<sup>1270</sup>, “adoção por todos os países de regime democrático baseado no princípio da legalidade”<sup>1271</sup> ou de “comunhão de princípios básicos”<sup>1272</sup>, o que daria suporte teórico suficiente para que as decisões das autoridades judiciais de um país devam ser executadas em outro, sem controlos específicos. Desse modo, o referido instituto não deveria ser admissível nem poderia operar senão diante de um cenário em que os Estados confiassem que os sistemas jurídicos estrangeiros garantissem uma adequação típica harmonicamente suficiente para lhes dar execução em seus territórios.

Nesse sentido, conforme visto no capítulo 6, apenas um nível básico de harmonização poderia assegurar o reconhecimento mútuo das decisões judiciais baseada verdadeiramente na confiança entre os ordenamentos<sup>1273</sup>, fato que é alcançado através do

---

<sup>1267</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. O Mandado de detenção europeu: na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 13, n.1, jan./mar. 2003, p. 38.

<sup>1268</sup> DOMINGO, María Belén Sánchez. *La armonización legislativa en la orden de detención y procedimiento de entrega*. *Revista Penal*, n. 24.—jul. 2009, Universidade de Huelva, p. n. 24, jul.2009, p.155.

<sup>1269</sup> Assim, em um “*fonds commun aux différentes législations des Etats membres*” (LELIEUR, Juliette; SINOPOLI, Laurence. *La reconnaissance mutuelle à l'épreuve de la coopération judiciaire*, CEJEC Working Papers, nov. 2009, N° 2009/6, consultado em 5 de Maio de 2010, em [http://www.cejec.eu/wp-content/uploads/2009/11/wp-2009\\_6-j-lelieur-l-sinopoli-rce-mutuelle.pdf](http://www.cejec.eu/wp-content/uploads/2009/11/wp-2009_6-j-lelieur-l-sinopoli-rce-mutuelle.pdf), p. 2).

<sup>1270</sup> Apontando como embasamento para o reconhecimento o fato dos Estados admitirem uma “*concepción exigente de la democracia y los derechos fundamentales*”, veja-se: FONSECA MORILLO, Francisco. La orden de detención y entrega europea, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ene.-abr. 2003, Vol. 7, N° 14, pp. 69-95, consultado em 7 de Maio de 2010, em <http://revistas.cepc.es/revistas.aspx?IDR=4&IDN=297&IDA=9782>, p. 89.

<sup>1271</sup> Nesse sentido: JIMÉNEZ, Rúben. EUROJUST, un paso más en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, in GALGO PECO, Ángel (dir.): *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Madrid, 2004, pp. 417.

<sup>1272</sup> Nesse entendimento: “*the reciprocal belief that other's behaviour will not violate the basic common principles that lay at the heart of the EU legal systems*” (FICHERA, Massimo. *Mutual Trust in European Criminal Law*, University of Edinburgh School of Law Working Paper Series, Apr. 1, 2009, N° 2009/10, p. 13, consultado em 4 de Maio de 2010, em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1371511](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1371511)).

<sup>1273</sup> JOUTSEN, Matti. *The European Union and Cooperation in Criminal Matters: the Search for Balance*, HEUNI Paper n. 25, Helsinki, 2006, p. 30. Da forma como está posto no mandado de detenção

instituto da *colaboração recíproca direta*. Nesse sentido, conforme há pouco se disse, se, por um aspecto, o reconhecimento de uma sentença estrangeira é prejudicado por conta das diferenças normativas, por outro, quando as diversidades normativas são completamente desconsideradas com base em um reconhecimento total e apenas formal em favor do procedimento cooperativo, lesiona-se, em contraponto, as garantias fundamentais do investigado<sup>1274</sup>. O reconhecimento mútuo em bases normativas diferentes faz colidir, inevitavelmente, o interesse da aplicação eficaz da norma com os direitos fundamentais do arguido<sup>1275</sup>.

No caso da *Colaboração Recíproca Direta*, enraizada em bases normativas harmonizadas e através de uma operacionalização simplificada e necessariamente submetida aos auspícios de uma autoridade judicial, há, muito pelo contrário, um favorecimento significativo da posição jurídica do sujeito que se encontra na relação do procedimento cooperativo. Não há dúvida acerca da melhoria da posição jurídica do sujeito alvo de pedido de cooperação tendo em vista a “judicialização” do pedido<sup>1276</sup>, notadamente

---

Europeu, o funcionamento do princípio do reconhecimento mútuo leva a um equivocado “direito de máximo denominador comum dos direitos penais nacionais”, o qual nivela para baixo as garantias processuais. Nesse sentido, Anabela Rodrigues historia a aprovação de um manifesto assinado por quase uma centena de professores alemães de Direito Penal, em que os mesmos recusavam o princípio do reconhecimento mútuo e sua concretização no mandado de detenção europeu (RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Globalização do Direito Penal - Da Pirâmide à Rede ou entre a Unificação e a Harmonização*, Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários v. 3, Coimbra Editora, 2009, p. 89).

<sup>1274</sup> SIEBER, Ulrich. O Futuro do Direito Penal europeu – Uma nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu. In: “Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias”, Coimbra Editora, 2009, p. 485. Há outras críticas consistentes que podem ser feitas ao reconhecimento mútuo, entre elas, a exposta pelos elaboradores do Projeto Alternativo ao Tratado Constitucional: “O reconhecimento mútuo conduz a um processo penal híbrido, em que as possibilidades de intromissão dos diversos ordenamentos podem ser combinadas, o que resulta, em última instância, numa administração da justiça radicalmente punitiva que não existe como tal em nenhum Estado-membro” (SHÜNEMANN, Bernd. *Proyecto alternativo de persecución penal europea*, Madrid: Dykinson, 2007, p. 15). O princípio do reconhecimento mútuo, assim, encontra resistência em alguns setores da doutrina alemã: SHÜNEMANN, Bernd. *Peligros para El Estado Del Derecho através de La europeización de La Administración de La Justicia Penal?*, In: *El Derecho Procesal Penal em La Union Europea*, Madrid, 2006. Com uma visão mais flexível, ver: TIEDEMANN, Klaus, *El nuevo procedimiento penal europeo*. In: *El Derecho Penal em La Union Europea*, Cuenca, 2007. p. 143.

<sup>1275</sup> SIEBER, Ulrich. O Futuro do Direito Penal europeu – Uma nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu. In: “Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias”, Coimbra Editora, 2009, p. 485.

<sup>1276</sup> Isso representa, aliás, segundo Anabela, o sinal de evolução que se reconhece atualmente, na União Europeia, onde se vê reduzir, “na cooperação, o nível estadual e político, em benefício da intervenção das autoridades judiciárias, cada vez mais autônomas nas relações que estabelecem diretamente entre si”. (RODRIGUES, Anabela Miranda. O Mandado de detenção europeu: na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 13, n.1, Jan. - Mar. 2003, p. 54). Nesse mesmo sentido, Gaetano de Amicis: “a cooperação jurídica internacional perseguida e almejada é aquela que se mostra inovadora e eficaz, a partir do reconhecimento recíproco das deliberações das autoridades dos outros Estados, sem mediação governamental e sem tantos filtros” (DE AMICIS, Gaetano. *Problemi e prospettive della cooperazione giudiziaria penale in âmbito Europeu: forme e modelli*

no que se refere à uma “facilitação da proteção dos direitos individuais”<sup>1277</sup>, não se justificando a participação do Governo nos procedimentos cooperativos, sob o frágil argumento de que o ato diria respeito à condução da política externa, pois tal não representa critério consistente que permita fundamentar a impossibilidade da participação exclusiva do Poder Judiciário nos aludidos procedimentos<sup>1278</sup>.

Com o estabelecimento do contato direto entre as autoridades judiciárias dos Estados envolvidos no pleito cooperativo e a supressão da intervenção da autoridade administrativa do Poder Executivo, altera-se a natureza do processo, que deixa de ter o tom administrativo-discricionário para obedecer às características de um processo judicial com todas as garantias que lhe são inerentes<sup>1279</sup>. Assim, a necessária intervenção das autoridades judiciárias implica que o pedido cooperativo obedecerá às mesmas condições que valem para uma pessoa sujeita a um processo judicial, de acordo com a previsão do Direito Processual Penal interno do Estado requerente e com o fato das garantias processuais possuírem revestimento de cláusula de ordem pública, também de acordo com a previsão do Direito Processual Penal interno do Estado requerido<sup>1280</sup>. Implica, assim, na

---

*di collaborazione Allá luce Dell Titolo VI del Trattato di Amsterdam*, In: Giur. Merito, 2002, p. 292). Também nessa linha: FLORE, Daniel. *Le mandat d'arrêt européen: première mise en oeuvre d'un nouveaux paradigme de La justice pénale européenne*, *Journal des tribunaux*, 121 ane, n. 6050, abril de 2002, p. 273; WEYEMBERGH, Anne. *L'impact du 11 september sur l'équilibre sécurité/liberte dans le espace penal européen*, *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruylant, 2002, p. 175.

<sup>1277</sup> Nesses precisos termos: Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de Outubro de 1999, Conclusões da Presidência, Ponto nº 33 (<[http://europa.eu.int/council/off/conclu/oct99/oct99\\_pt.htm](http://europa.eu.int/council/off/conclu/oct99/oct99_pt.htm)>).

<sup>1278</sup> Nessa linha, aduzindo que a cooperação direta entre autoridades judiciais substitui o lento procedimento de cooperação mediante a supressão da intervenção governamental: AGUADO, Javier Alberto Zaragoza. *Nuevos instrumentos de cooperación judicial: la orden europea de detención*, *Estudios jurídicos*, nº. 2, 2004, p. 43. No sentido de que o procedimento que passa a se desenvolver diretamente entre as autoridades judiciais cria um novo paradigma de cooperação, dispensando a intervenção de outras instâncias que não sejam apenas os magistrados envolvidos: FERREIRA, Joana; MARTINS, Teresa Alves. *Manual de procedimentos relativos à emissão do mandado de detenção europeu*. Procuradoria Geral da República de Portugal, p. 7. Disponível em: <[http://www.gddc.pt/MDE/Manual\\_MDE.pdf](http://www.gddc.pt/MDE/Manual_MDE.pdf)>. Acesso em: 14 jun. 2010. Também refere-se que o contato direto entre autoridades elimina, em grande parte, a burocracia tão característica dos pedidos de cooperação (ZAGARIS, Bruce. *U.S. – Brazil and International Evidence Gathering: The Need for Better Procedural Due Process*. Paper do 18 Seminário do IBCCRIM, 31 de agosto de 2012, p. 16), bem como constitui o grande fator acelerador da cooperação (VASCONCELLOS, Helena. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: uma análise do mutual legal assistance treaty Brasil/Estados Unidos*. 2013, p. 157. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/90501>. Acesso em: 14 jun. 2016).

<sup>1279</sup> Sobre a discricionariedade na análise do pedido de cooperação, veja-se: “um grande problema em pontencial está no fato de que a execução dos pedidos de cooperação pelos países estrangeiros é discricionária. Quando os Estados Unidos transmite um pedido de cooperação, a sua execução no país estrangeiro pode ser negada por qualquer razão, por qualquer das autoridades do país requerido pelas quais ela passe” (ZAGARIS, Bruce. *U.S. – Brazil and International Evidence Gathering: The Need for Better Procedural Due Process*. Paper do 18 Seminário do IBCCRIM, 31 de agosto de 2012, p. 16).

<sup>1280</sup> Na avaliação de adequação à ordem pública interna estariam, como institutos necessariamente a serem levados em consideração, a prescrição, a coisa julgada, o *ne bis in idem* e a dupla incriminação.

configuração de uma cooperação democrática, legal e transparente, exigente de imposição das garantias do processo penal baseadas na presunção de inocência, audiência, defesa, contraditório, prova, conhecimento das acusações, motivação das decisões e legalidade.

Assim, em ênfase aos tradicionais métodos de cooperação, não resta dúvida de que os sujeitos passivos do procedimento são, naturalmente, os grandes prejudicados com a lentidão na transmissão e na concretização dos pedidos correspondentes<sup>1281</sup>. Quanto maior o atraso advindo das incorreções e intransigências das formalidades dos procedimentos tradicionais de cooperação, mais demoradamente será a conclusão do pedido de cooperação, com todos os deletérios e hostis efeitos que o tempo lhe impõe - os quais não cabe, aqui, por notórios e incontrovertidos, se fazerem ecoar - fato que se torna compassadamente mais irresoluto, se o pedido tiver guarida em momento ainda pré-processual ou quando a pessoa ainda não foi julgada nem condenada. Há uma narrativa que não pode, pois, ser anulada por argumentos ou falsos raciocínios: quanto mais célere for o procedimento de cooperação, mais rapidamente estará o sujeito passivo em condição de exercer os seus direitos de defesa quanto às considerações criminosas que lhe foram impostas<sup>1282</sup>, o que pode dizer respeito à livre circulação de seus bens, a seu direito de ir e vir e, eventualmente, à sua própria liberdade<sup>1283</sup>.

Não se pode insistir na caracterização da cooperação de viés político, com ênfase na eficiência e conseqüente vinculação ao poder punitivo do Estado, contrapondo-se às garantias do indivíduo, inerentes à existência do Estado Democrático de Direito, fundamentais à própria efetividade do processo e, pois, da própria cooperação jurídica internacional. O direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao devido processo legal traduz expressão concreta do direito de defesa, devendo encontrar suporte legitimador em qualquer procedimento de cooperação penal internacional, os quais devem prever a essencialidade dessa garantia processual, enquanto complexo de princípios e de

---

<sup>1281</sup> Nesse exato sentido, mas reportando-se especificamente ao tradicional processo de extradição: RODRIGUES, Anabela Miranda. O Mandado de detenção europeu: na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, ano 13, n.1, jan./mar. 2003, p. 40.

<sup>1282</sup> Nesse sentido, “a essencialidade do postulado do devido processo legal se qualifica como requisito legitimador da própria “*persecutio criminis*” e o exame da cláusula referente ao “*due process of law*” permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, entre eles, por sua inquestionável importância, o direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas” (MELLO, Celso de. Supremo Tribunal Federal, HC 111567 AgR, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014).

<sup>1283</sup> Nos casos de extradição, por exemplo, os quais pressupõem a detenção do extraditando até a conclusão do procedimento respectivo.

normas que amparam o acusado em qualquer tipo de perseguição criminal, seja ela operada em um único Estado ou internacionalmente. Não pode prevalecer a dinâmica da cooperação emoldurando um instrumento direcionado a incrementar o combate ao crime, posição essa que é fortalecida pelo próprio desenvolvimento das redes de autoridades envolvidas na perseguição penal<sup>1284</sup>. A concepção da cooperação jurídica internacional como instrumento de combate ao crime, sem a proteção jurídica dada pelas garantias inerentes ao processo judicial e sem passar pela necessária e exclusiva intervenção da autoridade judicial, vulnera os principais direitos de atuação da defesa. Isso gera o enfraquecimento das garantias do indivíduo, não reconhecido, na prática cooperativa, como sujeito da relação de cooperação, em benefício de uma suposta eficiência da cooperação penal.

A cooperação jurídica internacional deve ser entendida como mecanismo de colaboração jurídica entre os Estados Soberanos para a realização das finalidades do processo, supondo, assim, o asseguramento de todas as garantias a ele inerentes. Nesse sentido, as relações de cooperação devem dar lugar a um sistema que garanta aos envolvidos na perseguição todas as garantias processuais inerentes ao processo judicial. A cooperação não pode significar um mero instrumento dedicado primordialmente ao uso da acusação, como mais uma ferramenta de combate à criminalidade, mas como procedimento que tem por finalidade a consecução de um processo justo. A presente proposta de necessária e direta intervenção judicial, com as garantias iminentes ao processo judicial, acaba sendo direcionada à proteção da ampla defesa, demonstrando-se a

---

<sup>1284</sup> Veja-se quanto a este ponto, o franco e aberto desenvolvimento da Rede de Magistrados de Ligação, da Rede Judiciária Europeia e do Eurojust. O primeiro, instituído através da Ação Comum de 22 de abril de 1996 adotada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, cria um enquadramento de intercâmbio entre magistrados com o objetivo principal de aumentar a rapidez e a eficácia da cooperação judiciária e de favorecer o intercâmbio de informações relativas aos sistemas jurídicos e judiciários dos Estados-Membros e ao respectivo funcionamento. A Rede Judiciária Europeia (criada através da Ação Comum 98/428/JAI, de 29 de junho de 1998), constituindo uma rede de pontos de contato nacionais visando à facilitação de cooperação judiciária em matéria criminal, baseia-se na troca de informações e em contatos informais com a finalidade de, por exemplo, enviar e implementar pedidos de auxílio judiciário, muito embora não formem uma nova ligação na cadeia de cooperação judiciária. A Eurojust (criado pela Decisão 2002/187/JAI do Conselho, de 28 de fevereiro de 2002), tem, por objeto, a cooperação em matéria penal, entre as autoridades judiciárias nacionais do espaço comunitário e como objetivos: 1) promover e melhorar a coordenação entre essas autoridades no âmbito das investigações e da ação penal envolvendo dois ou mais Estados-Membros; 2) melhorar a cooperação entre as autoridades judiciárias competentes de dois ou mais Estados-Membros, facilitando o funcionamento do auxílio judiciário mútuo e a execução de Mandados de Detenção Europeu ou de outros instrumentos que aplicam o princípio do reconhecimento mútuo; 3) apoiar as autoridades judiciárias nacionais, a fim de reforçar a eficácia das investigações e da ação penal em que estejam envolvidos dois ou mais Estados-Membros, bem como a cooperação com Estados não membros da União Europeia.

necessidade de estabelecimento de um mecanismo cooperativo que seja adequado à atuação da defesa e que, em homenagem ao corolário da paridade de armas, deva ser proporcional aos meios que possui a acusação.

Verdadeiramente, um método que, garantindo um exame cuidadoso dos direitos processuais, enseje uma diminuição relevante do tempo de tramitação do processo que o pedido de cooperação visa a instruir e elimine qualquer aspecto discricionário em sua avaliação, direciona-se positivamente no que tange à situação processual e liberdade do visado<sup>1285</sup>. Não há, pois, razão material que afaste a possibilidade de simplificação do processo de trâmite cooperatório, nos moldes da configuração do instituto da *Colaboração Recíproca Direta* aqui proposto, se se preservar, sem transigências, todas as garantias processuais que são inerentes a uma persecução penal democraticamente estabelecida<sup>1286</sup>.

À autoridade central, prevista nos ajustes internacionais da matéria como órgão designado pelo Estado para efetuar o trâmite de pedidos, tanto na modalidade ativa quanto passiva, caberia apenas encaminhar os atos solicitados por um juiz a outro – quando isso não for possível diretamente –, estando também responsável pela verificação da autenticidade do ato e pela legitimidade da autoridade requerente<sup>1287</sup>. A autoridade central, portanto, seria apenas uma e com atuação bem reduzida, verificando a autenticidade do cadastro oficial e do meio de comunicação utilizado, devendo verificar, por exemplo, se o número de celular, *e-mail* ou outro aplicativo de mensagem é realmente o oficialmente cadastrado para o ato, e posteriormente para identificar eventual demora ou inconsistência no cumprimento do pedido. A função precípua da autoridade central seria facilitar a tramitação dos pedidos, promovendo encaminhamentos, como ponto de contato que elimina a intermediação da via diplomática (Ministério das Relações Exteriores)<sup>1288</sup>.

---

<sup>1285</sup> Precisamente nessa linha de raciocínio, direcionada, entretanto, ao instituto do mandado de detenção e entrega europeu: RODRIGUES, Anabela Miranda. O Mandado de detenção europeu: na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 13, n.1, jan./mar. 2003, p. 41.

<sup>1286</sup> Sobre a questão da compatibilização entre os interesses persecutórios do Estado e as garantias processuais e liberdade dos cidadãos, ver: ROXIN, Claus. Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão, In: “Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias”, Coimbra Editora, 2009, p. 465.

<sup>1287</sup> A proposta, assim, não esvazia as atribuições da Autoridade Central ou do Eurojust de busca de melhoria da cooperação entre as autoridades competentes dos Estados.

<sup>1288</sup> Inclusive sua chancela dispensaria selos consulares para a validade ou atestado de autenticidade de qualquer documento. Veja-se que, atualmente, muito embora em grande parte dos países tenha-se evoluído de um estágio de interação estritamente diplomática (entre Ministérios de Relações Exteriores), a coordenação e até o juízo de legalidade da cooperação jurídica internacional, desde uma simples comunicação de atos processuais até a obtenção de uma decisão judicial para atender aos interesses do outro

O pedido de cooperação por *colaboração recíproca ativa* deve partir dos juízes de primeiro grau, podendo as partes (Ministério Público, defesa ou autoridades policiais) solicitar ao juiz a prática cooperatória, o qual, assinalando-a positivamente, solicitaria ao juízo de primeira instância do país requerido diretamente. No caso de *colaboração recíproca passiva*, o pedido estrangeiro é recebido diretamente pelo juiz de primeiro grau com atribuição para a prática do ato. Os pedidos de cooperação formulados seriam submetidos apenas a um grau de decisão: ao juízo de primeiro grau<sup>1289</sup>. Ou seja, o próprio juiz de primeiro grau é quem concretiza o juízo positivo e negativo de deliberação para as medidas de *Colaboração Recíproca Direta*. O juiz de primeira instância requerido atesta que o ato processual estrangeiro está apto a produzir efeitos em seu país, dando-lhe, ele próprio, sua execução.

Como o implemento do instituto da *Colaboração Recíproca Direta* pressupõe as garantias inerentes ao devido processo legal, a autoridade judicial requerida estabelecerá o contraditório – imediato ou, no mínimo, diferido -, dando ciência ao arguido do pleito cooperativo, a partir do qual o mesmo poderá valer-se dos meios defesa e da tutela recursal perante o estado requerente<sup>1290</sup>, em relação ao mérito e todos os demais aspectos materiais e processuais do pedido<sup>1291</sup>, bem como em face do estado requerido, no que tange à adequação do pedido à ordem pública nacional - aqui incluídas, necessariamente, as normas de garantias processuais dos arguidos - e à legitimidade jurisdicional e competencial do juiz requerente que exarou a decisão com o pedido de cooperação. Assim, só seria possível, por exemplo, a legitimação transfronteiriça da privação de liberdade, quando houvesse uma justificação suficiente em ambos os sistemas jurídicos envolvidos, tendo o arguido todo o conjunto de remédios legais disponíveis tanto no estado requerente quanto no requerido, acolhendo-se, com isso, o princípio do tratamento mais favorável.

---

Estado, concentra-se nas mãos de um órgão político (o Ministério da Justiça), fazendo permanecer o viés político-discricionário, e sem as garantias inerentes ao processo judicial, do mecanismo de cooperação.

<sup>1289</sup> No Reino Unido, os pedidos de cooperação formulados são submetidos apenas a dois graus de decisão, quais sejam: a autoridade central e o juiz federal de 1º grau. *Guidelines* do governo britânico Disponíveis em: <https://www.gov.uk/mutual-legal-assistance-mla-requests> e [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/415038/MLA\\_Guidelines\\_2015.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/415038/MLA_Guidelines_2015.pdf). ambas com acesso em 24 ago. 2015.

<sup>1290</sup> Nesse caso, também via comunicação direta, o juiz cooperante servirá de intermediário imediato entre o juiz cooperado e o arguido, e vice-versa.

<sup>1291</sup> Incluídos nesse último, por óbvio, o efeito de suspensividade ou não do pleito recursal, conforme a legislação de origem.

Mas se a harmonização jurídica assume a perspectiva de criar o cenário propício à formação de um modelo de integração entre os Estados da comunidade internacional, necessário para uma eficaz cooperação penal internacional, poder-se-ia apontar que o modelo da *Colaboração Recíproca Direta* traria mais insegurança ao sistema, ao distribuir entre a primeira instância os pedidos e cooperação, multiplicando a possibilidade de decisões contraditórias e conflitantes. Nesse contexto é que, estando as previsões normativas internas e harmônicas o suficiente para permitirem uma adequada cooperação e persecução penal conjunta entre os países através do instituto da *Colaboração Recíproca Direta*, requer-se, como elemento primordial da estrutura cooperante, a necessidade de aplicação de um sistema de precedentes, impondo balizas jurisprudenciais anteriores que protejam o sistema contra impulsos transitórios e inconsistentes de alguns juízes e restringindo seu âmbito de discricionariedade e fornecendo limites ou parâmetros para a decisão, conforme visto no ponto 9.2<sup>1292</sup>.

Se cabe aos tribunais uniformizar a interpretação das leis e, quando é o caso, revogar as decisões das instâncias inferiores que lhe são desconformes, a exigência de vinculação dessas decisões sobressalta-se. Um sistema cujas variações de decisões, sem justificativa, desobedece às instâncias superiores (responsáveis, primordialmente, pela uniformização dos entendimentos em toda a estrutura hierárquica), prejudica a resolução dos conflitos de forma célere e ofende a noção mais básica de igualdade e segurança jurídica. Assim, além da intenção de estruturar uma base normativa suficientemente harmônica, para que os ordenamentos jurídicos possam apresentar-se compatíveis entre si, sem desatender-se às suas diversidades, induzindo à uma relação de confiança apta ao desenvolvimento de um sistema de cooperação eficiente, seguro e garantidor dos direitos do arguido, requer-se, para que haja racionalidade, consistência e igualdade, que as decisões sejam incorporadas no discurso jurídico como fonte obrigatória, o que é feito por meio da aplicação de uma teoria dos precedentes<sup>1293</sup>.

---

<sup>1292</sup> Conforme abordado no referido ponto, as decisões dos tribunais exercem funções estruturais no sistema jurídico, entre elas o de unificar o entendimento das normas para toda a sociedade e constituir paradigmas para futuras soluções a serem apresentadas em decisões a respeito de iguais ou semelhantes casos concretos.

<sup>1293</sup> O uso de precedentes serve, nesse contexto, à preservação coerência sistêmica do Poder Judiciário, necessária à segurança jurídica e ínsita ao estado democrático de Direito, sendo instrumento de uniformização e coerência, e não meramente uma ferramenta de aceleração de julgamentos de recursos (SOUZA, Victor Roberto Correa de. *A credibilidade de Têmis e a argumentação jurídica: medidas enjudiciais e extrajudiciais*. Brasília: CJF, 2016, p. 106).



Assim, o juiz requerente deverá formular o pedido e encaminhá-lo diretamente para o juiz competente no Estado ou província do país onde se deve cumprir o ato correspondente, o qual, por sua vez, transmiti-lo-á de volta diretamente para o juiz requerente contraparte no exterior, sem mediação governamental e sem tantos filtros ou verificações de mérito<sup>1294</sup>, mas submetido ao regime recursal e com um ônus argumentativo a mais, estabelecido pelo sistema de precedentes vinculantes<sup>1295</sup>. As informações que devem constar no pedido podem ser viabilizadas em documento único, simples e breve<sup>1296</sup>, contendo uma síntese da investigação ou ação que justifica o requerimento de cooperação, informações que identifiquem o juízo requerente e o juízo perante o qual corre o procedimento (caso sejam diversos) e cópia da decisão judicial que determina a providência<sup>1297</sup>. As decisões judiciais emanadas pela autoridade judicial do Estado requerente seriam válidas conforme o que está disposto em sua legislação nacional e executáveis no Estado requerido, apenas com um controle restrito da autoridade judicial requerida, exatamente no que tange aos aspectos de adequação à ordem pública nacional, à legitimidade jurisdicional e competencial do juiz requerente que exarou a decisão com o pedido de cooperação.

Importa lembrar que mudança tal deve passar, dentro de alguns ordenamentos, necessariamente, por uma reforma do texto constitucional, uma vez que são os próprios preceitos do Estado constitucional que preconizam o modelo de cooperação internacional e os modelos pelos quais são materializados os ideais de democracia - qual seja, neste caso específico, a independência da jurisdição -, bem como pelo fato de que os instrumentos de proteção interna e externa dos direitos humanos revelam-se fundamentais para o assentimento do modelo de cooperação entre os Estados<sup>1298</sup>. A própria coexistência da relação entre os Estados e de suas normas internas

---

<sup>1294</sup> DE AMICIS, Gaetano. *Problemi e prospettive della cooperazione giudiziaria penale in ambito Europeu: forme e modelli di collaborazione Allá luce Dell Título VI del Trattato di Amsterdam*, In: Giur. Merito, 2002, p. 292.

<sup>1295</sup> Nesse sentido, o precedente é o *topoi* argumentativo a partir do qual as partes passam a expor seus argumentos (SOUZA, Victor Roberto Correa de. *A credibilidade de Têmis e a argumentação jurídica: medidas enjudiciais e extrajudiciais*. Brasília: CJF, 2016, p. 106).

<sup>1296</sup> Tal como já ocorre no mandado de detenção europeu, segundo destacado em: AGUADO, Javier Alberto Zaragoza. *Nuevos instrumentos de cooperación judicial: la orden europea de detención*, Estudios jurídicos, Nº. 2, 2004, P. 43.

<sup>1297</sup> Poder-se-ia, obviamente, acrescentar, de forma não obrigatória, outras informações e documentos ao pedido, de acordo com as leis do Estado requerido, o tratado que o fundamenta e a medida solicitada.

<sup>1298</sup> Nesse sentido: HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 69.

com a disciplina obrigacional internacional prevista nos tratados e especialmente o escopo dos mesmos se tornarem uma sociedade, cada vez mais, aberta e cooperativa, justifica, preservando a guarida intangível dos direitos e garantias fundamentais, uma relativização das normas constitucionais ligadas à cooperação penal internacional<sup>1299</sup>. Crê-se que uma melhor estruturação constitucional da matéria evitaria muitas dessas controvérsias e críticas, já que as alterações constitucionais – diferentemente das meramente legais<sup>1300</sup> – passam, necessariamente, por reflexões e ponderações mais rígidas, sem se despreocupar com o núcleo sistêmico básico<sup>1301</sup>. As revisões constitucionais garantem, portanto, a estabilização da estrutura básica<sup>1302</sup>.

Tal sugestão contorna também outro inconveniente posto pelo regime de reconhecimento mútuo advindo com a aprovação da decisão quadro sobre o mandado de detenção europeu: a deslegitimidade democrática do instituto devido à mácula à participação parlamentar no processo de aprovação. Nesse contexto de crítica, os parlamentos dos estados escandinavos, da Holanda, assim como do Reino Unido e da Irlanda mantêm reservas à incorporação interna das decisões-quadro, segundo as quais o Executivo não pode votar uma tal decisão até que o parlamento dê sua aprovação. Também nesse sentido, ao derrubar a implementação do mandado de detenção europeu, o Tribunal Constitucional Federal alemão entendeu que o legislador federal poderia, devido à soberania parlamentar, recusar-se a implementar a decisão quadro. Schunemann, aliás, endurece a crítica ao apontar “a erosão do princípio democrático acusada pelo instituto das decisões-quadro<sup>1303</sup>”.

Ressalte-se, por mais relevante entre tudo, a possibilidade de se alegar que a cooperação direta entre juízes pode não encontrar respaldo imediato nas cartas constitucionais, demandando, pois, uma alteração nesse sentido. Há, atualmente, inclusive entendimento no sentido da inviabilidade jurídica da cooperação direta, por exemplo, no Direito brasileiro. A Suprema Corte do Brasil, sob o pretexto de que a cooperação há de se

---

<sup>1299</sup> Nesse sentido: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derecho, justicia*, 5 ed., Madrid: Trotta, 2003, p. 18.

<sup>1300</sup> Diferentemente da hipótese constitucional, as reformas legais – principalmente as meramente pontuais e esparsas – não garantem o suporte sistêmico e global que toda legislação deve ter como objetivo de preservar. Essas modificações pontuais não se prestam, efetivamente, para eliminar as principais controvérsias do sistema processual.

<sup>1301</sup> Para John Rawls, as normas constitucionais devem ser estruturadas de modo que, entre todos os mecanismos viáveis, estas sejam os de maiores probabilidades de resultar num sistema justo e efetivo. (RAWLS, Jonh. *Uma Teoria da Justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 272 e 273).

<sup>1302</sup> RAWLS, John. *Political Liberalism*, Lisboa, 1997, p. 39, 60, 249 ss., 286.

<sup>1303</sup> SCHUNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. *In RBCC* 90, 2011, p. 192.

fazer com respeito irrestrito à organicidade de Direito nacional, disse que não poderia haver outras formas de cooperação mais simplificadas, quando há, por exemplo, um trâmite constitucional próprio para as cartas rogatórias, incluindo inclusive a participação de cortes superiores<sup>1304</sup>. Resiste-se e se nega facilmente tal entendimento, ao se reconhecer que os tratados internacionais integram o sistema de fontes do Direito Constitucional de todos os países democráticos, o que gera a admissão de outras formas simplificadas de cooperação, diversas daquelas previstas nas Constituições, ou, se assim não se entender, ao se sugerir, como se faz na presente tese, permitir uma mudança constitucional que suprima a exigência direta ou indireta de procedimento burocrático de cooperação no texto constitucional.

Necessário, ademais, como forma de preenchimento de critério de validade formal, a introdução de dispositivo nos textos constitucionais para, diretamente ou através de delegação de competência ao legislador ordinário, incorporar a possibilidade de uma cooperação jurídica internacional direta e definir o procedimento correspondente, revogando eventuais provisões restritivas a tal objetivo, atentando sempre para o respeito aos fundamentos da ordem pública nacional. Propõe-se, assim, também como critério de aceitação formal em cada ordenamento jurídico, a inserção de dispositivo de recepção da cooperação jurídica direta entre autoridades judiciais, de modo que o juízo de delibação do juiz requerido quanto à eficácia do ato cooperativo requerido esteja limitada à análise da adequação à ordem pública nacional, à legitimidade jurisdicional e competencial do juiz requerente que exarou a decisão com o pedido de cooperação.

Diga-se, quanto a essa singularidade, conforme análise descritiva constante do anexo, que não há, em nenhum dos ordenamentos jurídicos analisados, cláusula pétrea ou norma constitucional intangível que impeça a aceitação dentro dos ordenamentos jurídicos referidos, da cooperação direta entre os juízes, na forma como aqui proposta<sup>1305</sup>.

---

<sup>1304</sup> Nesse sentido: STF, HC 855588/Rio de Janeiro/RJ, 05/03/2005. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, aduziu a validade do instituto do “Auxílio Direto” no Brasil. Ao contrário dos meios tradicionais de cooperação judiciária, cuja competência constitucional é atribuída ao Superior Tribunal de Justiça (Carta Rogatória e Homologação de Sentença Estrangeira) para exercício de mero juízo de delibação, o auxílio direto é instituto que permite cognição plena. Para cumprir tal finalidade, sua competência é atribuída ao juiz de primeira instância. O próprio STJ esclareceu a questão na Resolução n.º 09, de 04/05/2005. No parágrafo único do artigo 7º, a Presidência da Corte Superior estabeleceu que os pedidos de cooperação judiciária *stricto sensu* não serão cumpridos pelo Superior Tribunal de Justiça, devendo ser levados, quando impliquem a necessária intervenção do Poder Judiciário, ao conhecimento do primeiro grau de jurisdição.

<sup>1305</sup> Nesse sentido, Perlingeiro, aduzindo a necessidade de competência difusa entre juízes de primeiro grau para a perfectibilização do pedido cooperatório, afirma categoricamente não haver razões principiológicas para mantê-la concentrada na Corte Superior (SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes de.

Não há risco de atentado à soberania ou à ordem constitucional de qualquer dos ordenamentos acima analisados com a adoção do referido regime de cooperação penal internacional simplificada. Malferir-se-ia a soberania, caso fosse, de algum modo, cerceado o poder jurisdicional de verificar a compatibilidade com a ordem pública.

Evidencie-se, ainda, que não há vedação da comunicação direta entre juízes nas normas internacionais de caráter geral, podendo os Estados livremente adotá-la como substituição à comunicação realizada por intermédio da autoridade diplomática ou da autoridade central, bem como suprimindo a participação das demais instâncias, especialmente, dos tribunais superiores no processo cooperativo<sup>1306</sup>, seguindo, aliás, a linha de proposta feita por Schnumann em sua Proposta Alternativa de Processo Transnacional<sup>1307</sup>. Também a Convenção de Palermo, em seu art. 27, expressamente incita a adoção da cooperação direta entre autoridades competentes. A cooperação jurídica direta através do instituto da *Colaboração Recíproca Direta*, ao admitir a ideia de circulação e descentralização no reconhecimento e execução de decisões judiciais estrangeiras - enquanto necessárias à efetividade da jurisdição nacional e internacional - não sacrifica, pois, o Estado de Direito, ante a sempre presente possibilidade de controle judicial sobre a compatibilidade das decisões judiciais estrangeiras em relação aos princípios fundamentais do Estado, bem como sobre as garantias processuais do sujeito passivo do pleito cooperativo, assegurando-se, assim, que não ocorrerão abusos na recepção da jurisdição estrangeira<sup>1308</sup>.

Relembre-se, com rigor, especificamente quanto a esse aspecto do problema, o que fora motivo de ênfase na presente tese, no sentido de que, na esteira do que ensina Faria Costa, o Estado nacional é ainda a pedra de toque essencial para a prossecução da justiça penal<sup>1309</sup>. Como propósito de delimitação da proposição que embasa

---

Anotações sobre o Anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional, Revista de Processo, São Paulo, v. 129, 2005, p. 139).

<sup>1306</sup> Nesse sentido: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derecho, justicia*, 5 ed., Madrid: Trotta, 2003, p. 18. Nesse sentido, na conclusão do Grupo de Trabalho do II Encontro de Cortes Supremas dos Estados Partes e Associados do Mercosul, em 2004, ficou assentado que “não há obstáculos constitucionais à elaboração de tratados internacionais ou leis internas que autorizem a competência direta do juiz de primeiro grau para a execução da medida estrangeira solicitada” (SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes de. Anotações sobre o Anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional. Revista de Processo, São Paulo, v. 129, 2005, p. 137).

<sup>1307</sup> SCHUNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. *In RBCC 90*, 2011, p. 191.

<sup>1308</sup> SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes de. Op. Cit., p. 136.

<sup>1309</sup> Nesse sentido, a tentativa de esvaziar as funções do Estado sem haver uma alternativa válida significa “criar as condições mais do que propícias para que o desnorte e a ineficácia dominem a luta contra a

o cerne da presente tese, quer-se, definitivamente, esclarecer a total aceitação da conclusão a que chegou o referido professor, ao discorrer que “a defesa de que é ainda a partir do Estado nacional que se deve centrar a articulação da luta contra a criminalidade (...) de entorno global não implica, é bom de ver, que se deixem de operar tarefas e de realizar projectos que passem por uma efectiva e real cooperação entre os Estados”<sup>1310</sup>. Também ao detalhar as formas de cooperação, o autor aponta, em consonância com o que aqui se defende, que as mesmas devem dizer respeito ao âmbito da troca de informações no que se refere à pura e específica atividade de controle, de investigação e de prossecução da ação penal, bem como uma maior “elasticidade dos mecanismos legais” no que toca à transferência do arguido e do material probatório, bem como na possibilidade do reconhecimento, quase que de plano, das sentenças estrangeiras, fazendo-se a cooperação “sem o mínimo de transigências”<sup>1311</sup>.

Tais fatores poderiam representar uma tendência securitária no desenvolvimento do tema, conforme, aliás, aponta a sempre muito coerente preocupação de Caeiro<sup>1312</sup>. Aduza-se, entretanto, que, diferentemente do que parece sugerir o referido autor, ousa-se, aqui, discordar para entender que a simplificação dos mecanismos cooperativos para fins de persecução penal não gera uma correlata diminuição das garantias do acusado. Tal mácula, nesse último exemplo, não adviria, necessariamente, da facilitação, simplificação ou agilização do ato cooperativo, mas de quão preservadas forem suas garantias por parte dos órgãos encarregados pela dinâmica cooperativa durante todo o seu proceder, as quais, no caso da presente tese, seriam dois juízes constitucionalmente revestidos de poder jurisdicional.

Nesse sentido, bem ao contrário, os atuais mecanismos de cooperação negam direitos fundamentais aos acusados e investigados, impedindo-os de se utilizar adequadamente dos tratados para obter testemunhos, documentos e assistência em seu favor, ou mesmo de tentar utilizar o tratado para excluir provas ou obstar a execução de um pedido de cooperação, o que acaba por fazer pender a balança excessivamente em favor da

---

criminalidade” (COSTA, José Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT Ano 9, n. 34, abr./jun. 2001., p. 27).

<sup>1310</sup> COSTA, José Faria. Op. Cit., p. 27.

<sup>1311</sup> O autor ainda pontua, exemplificativamente, que “há de se tornar o regime de extradição muito mais flexível” (COSTA, José Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 9, n. 34, abril-junho 2001. São Paulo: Ed. RT, p. 28).

<sup>1312</sup> Para a crítica aludida: CAEIRO, Pedro. *Cooperação Judiciária na União Europeia*. In: *Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários*, Coimbra Editora, 2009, p. 76.

acusação, obstaculizando a verdadeira justiça no sistema penal internacional<sup>1313</sup>. Nesse sentido, ao impedir o uso dos termos do tratado pela defesa, acaba-se, por via de consequência, por inviabilizar a participação dos réus e investigados no procedimento, obstando, inclusive, a apresentação de argumentos defensivos hábeis a excluí-los de um requerimento de assistência ou mesmo impedir o processamento do pedido de cooperação como um todo. Abre-se ainda a possibilidade de utilização da prova, pelo Estado requerido, para instaurar uma nova investigação contra o mesmo indivíduo, pois embora o propósito do pedido de cooperação seja auxiliar os governos estrangeiros em seus casos criminais, não se proíbe expressamente o Estado requerido de usar a informação obtida para o país estrangeiro para dar início à sua própria investigação criminal. Nesse sentido, o uso da prova pelo Estado estrangeiro é facilitado diante do fato de que o réu não é detentor de quaisquer direitos de intervenção. Do mesmo modo, o Estado requerente pode fazer um pedido de cooperação arbitrário e, uma vez que ao réu não é dado se manifestar no procedimento, dificilmente esse pedido deixará de ser processado pelo Estado requerido<sup>1314</sup>. Situações como esta exigem o envolvimento de órgãos jurisdicionais imparciais, capazes de processar o pedido de cooperação apenas após a acusação e defesa serem chamados a participar do processo, dinâmica esta que pode ser perfeitamente alcançada através da implantação do mecanismo de *Colaboração Recíproca Direta*.

Necessário reiterar, portanto, como aspecto relevante de tudo o quanto se quer aqui sugerir, que não se encontra entrelaçada, na presente proposta, uma intenção ou ideologia de aumento do poder punitivo do Estado, pois, de tudo o que aqui se reverbera, nada leva à criação de novas incriminações, ampliação das já existentes, estabelecimento de limites mínimos de sanções ou mesmo o expansionismo do centro de responsabilização penal. É nossa convicção, na esteira do que nos é fornecido pelas leituras de Faria Costa, que nem a necessidade de combater a criminalidade transnacional pode potenciar a subversão de alguns princípios fundamentais do Direito Penal ou anular princípios tão fundantes como o da presunção de inocência, sob pena de destruímos os alicerces últimos

---

<sup>1313</sup> Nesse exato sentido: ZAGARIS, Bruce. *U.S. – Brazil and International Evidence Gathering: The Need for Better Procedural Due Process*. Paper do 18 Seminário do IBCCRIM, 31 de agosto de 2012, p. 16.

<sup>1314</sup> ZAGARIS, Bruce. *U.S. – Brazil and International Evidence Gathering: The Need for Better Procedural Due Process*. Paper do 18 Seminário do IBCCRIM, 31 de agosto de 2012, p. 16.

que radicam a legitimidade da intervenção penal<sup>1315</sup>. Deve-se buscar um compromisso entre as necessidades da prática e as condições de legitimação do processo penal fixadas pelo direito penal material<sup>1316</sup>. Também se tem, como premissa para a defesa do que acaba de ser dito e proposto, uma abordagem diversa de Faria Costa, quando, em outra obra, aduz que a defesa e a tutela de uma política criminal consequente, forte, empenhada, de uma luta efetiva e real contra a criminalidade e sobretudo, contra a criminalidade organizada, não tem de passar pela diminuição dos direitos garantias e liberdades<sup>1317</sup>. Ainda segundo o autor, entre outras atitudes, “o essencial é assumir uma atitude de maior maleabilidade (...) dentro do ordenamento penal nacional, internacional e comunitário de modo a diminuir as leis penais, torná-las mais claras, límpidas e precisas e acima de tudo, aplicarem-se as penas de forma rápida e consequente”<sup>1318</sup> e, legitimando especialmente o que aqui se sugere através da presente tese, “tornar as medidas de cooperação internacional inteligíveis”<sup>1319</sup>.

À luz do que foi visto e do que aqui se pretende, não resta dúvida de que o pedido de *Colaboração Recíproca Direta* representa um importante avanço na tentativa de se evitarem os inconvenientes burocráticos que caracterizam os instrumentos tradicionais de cooperação, na medida em que a autoridade judicial requerida, amparada pela segurança jurídica advinda de uma base normativa minimamente harmonizada, cumpriria diretamente a medida solicitada pela autoridade judicial requerente, sem qualquer tipo de filtros instrutórios ou reanálise meritória dos fatos ou da matéria<sup>1320</sup>. Essa revisão da forma como as partes interessadas (autoridades requerente e requerida) atuam no processamento e

---

<sup>1315</sup> COSTA, José de Faria. *O branqueamento de Capitais – Algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal*. Direito Penal Económico e Europeu: textos Doutrinários. Coimbra: Editora Coimbra, 1999, p. 306.

<sup>1316</sup> Nesse sentido, a necessidade prática não pode triunfar sobre a lei em um estado de direito, o que se mostra ainda mais repugnante e odioso quando fruto da atividade decisória de juízes criminais (SCHUNEMANN, Bernd. Um Olhar Crítico ao Modelo Processual Penal Norte-americano. *In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pond, 2013, p. 256-257).

<sup>1317</sup> COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou o *plaidoyer* por um direito penal não securitário. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da Silva. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais. Visão luso-brasileira*, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 120.

<sup>1318</sup> COSTA, José de Faria. *Op. Cit.*, p. 120.

<sup>1319</sup> Referindo-se especificamente à União Europeia – mas no contexto que aqui se quer demonstrar – o mesmo autor assevera que os incipientes Direito Penal e Processual Penal da União devem-se mostrar “simples e de aplicação comezinha” (COSTA, José de Faria. *Op. Cit.*, p. 120).

<sup>1320</sup> A impossibilidade de reanálise meritória diz respeito à vedação de revisão do ato não só à luz do Direito estrangeiro como também do Direito nacional infraconstitucional, sob pena de estarmos negando a própria cooperação.

executam o juízo cooperativo tornaria a persecução penal ali pretendida inegavelmente mais dinâmica, eficiente e segura, sem deixar de abarcar tantas garantias quantas sejam suficientes para que seja qualificado como instrumento de descobrimento da verdade material<sup>1321</sup>.

Decerto, mesmo em sendo admitida pela comunidade acadêmica a viabilidade jurídica de criação do referido instituto, ainda serão precisos tempo, debates e formalização de acordos e tratados para que os Estados assimilem-no dentro de seus ordenamentos internos, já que o mesmo repercute em abdicação de parcela relevante dos seus tradicionais poderes soberanos, com base em interesses pragmáticos e de ordem internacional, conforme visto ao longo do presente estudo. Por tudo que foi exposto no decorrer deste estudo, conclui-se, portanto, que, como um primeiro passo de mudança, apenas a harmonização do conteúdo mínimo das infrações penais internacionais e a criação de um mecanismo de cooperação uniforme - exatamente a *Colaboração Recíproca Direta*, aqui proposta e sugerida - necessário à persecução das mesmas criarão um ambiente propício ao reconhecimento recíproco das deliberações judiciais advindas de outros Estados, institucionalizando um modelo de persecução penal internacional verdadeiramente eficiente e garantidor dos direitos e garantias individuais<sup>1322</sup>. Tudo isso mediante a aplicação de um sistema de precedentes, que garanta uma maior invariabilidade da aplicação da norma harmonizada e do instrumento comum de cooperação. Tentando reescrever o que há de virtude e se desviar do que há de erro nos diversos encaminhamentos históricos voltados ao aperfeiçoamento do sistema cooperativo internacional entre os países<sup>1323</sup>, o propósito, assim, é, acima de tudo, tentar não “deixar tudo como é”<sup>1324</sup>.

---

<sup>1321</sup> SCHUNEMANN, Bernd. Um Olhar Crítico ao Modelo Processual Penal Norte-americano. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pond, 2013, p. 256-257.

<sup>1322</sup> Urge, assim, “que não nos deixemos seduzir pela via fácil do endurecimento do direito penal” (COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou o *plaidoyer* por um direito penal não securitário. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da Silva, Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – Visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 121).

<sup>1323</sup> Para Koselleck, a história é “um espelho das virtudes e dos vícios, nas quais se pode aprender pela experiência dos outros” (KOSELLECK, Reinhart. “*Historia Magistra Vitae*”. In: *Futuro pasado: para una semántica de los tiempos históricos*, p. 52). Nesse sentido, seguir os exemplos revela-se, de fato, importante, pois, conforme Maquiavel, “os homens trilham quase sempre estradas já percorridas”. (MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe, São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 23).

<sup>1324</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig Wittgenstein. “Filosofia” in *Crítica* n. 6. Terramar, Lx., maio 1991.



## 10 - CONCLUSÃO

Conforme visto no decorrer desta pesquisa, apesar da diversidade de tratados bilaterais e multilaterais assinados nas últimas décadas – muitos deles atendo-se, inclusive, à necessidade de estabelecimento de políticas internacionais de cooperação entre países - o cenário atual de desenvolvimento de uma persecução penal internacional segura e eficiente encontra-se distante do ideal, requerendo um compatível aperfeiçoamento nos sistemas jurídicos de cooperação penal internacional dos diversos países. Os Estados devem ambientar-se a essa nova postura de política cooperativa e integracionista, habilitando suas estruturas jurídicas internas e, cada vez mais, acionando e compatibilizando seus ordenamentos jurídicos ante o processo de harmonização e de cooperação jurídica internacional.

Voltar-se à proeminência das jurisdições estatais internas, estando essas entrelaçadas por amarras materiais e procedimentais de cooperação penal internacional, constitui medida que, sem macular a necessária previsão normativa da legalidade e do poder soberano dos Estados, permitirá a preservação de bens jurídicos de contornos internacionais. A eficácia de um eventual planejamento entre Estados para sancionar as constantes violações a bens jurídicos protegidos internacionalmente não será alcançada, como se viu, mediante criação de uma estrutura única e universal, que faça as vezes de um Direito Penal Universal, movimentado através de um Poder Judiciário Supranacional – adotando as premissas de um cosmopolitismo institucional - mas, sim, por meio de tratados que desenvolvam, da forma mais próxima possível, a harmonização de uma base mínima das legislações penais dos diversos países, em paralelo à cooperação penal internacional interestados.

Na busca por uma persecução penal conjunta, a igualdade entre os Estados, princípio basilar do Direito Internacional, coexiste plenamente com o exercício de um poder soberano desvinculado de suas matizes histórico-absolutistas (soberania clássica), exercido de forma compartilhada e solidária. Em matéria penal, devem os diversos Estados agir de forma interligada e cooperada, na busca de providências capazes de evitar e de reparar os ilícitos que afetem tanto os bens jurídicos nacionais quanto internacionais. Sob este regime, devem os Estados, realmente, moldar o caráter de seus ordenamentos jurídicos, para que os mesmos se voltem a uma conjuntura de cooperação, aspirando a

resultados seguros e eficientes através de uma estrutura jurídico-penal conjunta e uma sempre abrangente proteção dos direitos e garantias individuais. Seus ordenamentos devem, invariavelmente, perseverar uma harmonização dos instrumentos de cooperação penal internacional, ainda que com Estados de culturas jurídicas distintas, buscando obter uma interação e conexão internacional que propicie a formação de um sistema cooperativo. A aproximação dos ordenamentos jurídicos deve repelir, pois, o paradigma nacionalista como único e dominante, criando reações a determinadas tradições para implementar conexões, cada vez mais, consideráveis entre os órgãos e institutos de seus sistemas.

O modelo de cooperação penal entre Estados o qual ora se propõe tem, por premissa, a atuação dos sistemas penais nacionais - com a aplicação do Direito Penal clássico - e o conseqüente reconhecimento de exequibilidade das decisões advindas de outro sistema penal nacional baseado em um regime de confiança recíproca e total preservação dos direitos e garantias processuais do visado, e não a formação de uma ordem jurídico-penal unitária baseada em um âmbito de aplicação espacial global, em uma espécie de territorialidade mundial. Busca-se, assim, não uma atuação unitária internacional com eficácia para o espaço penal mundial, mas um modelo descentralizado de atuação baseado na aplicação de normas harmonicamente previstas nas diferentes ordens jurídicas nacionais e reciprocamente aceitas e exequíveis através de um mecanismo comum de cooperação penal internacional. Imperioso fazer entender, pois, que se aponta o Estado nacional como ainda detentor da legitimidade para desencadear e conduzir todo o procedimento de luta contra a criminalidade, que tem a ver, segundo nos ensina, mais uma vez, Faria Costa, com o modo democraticamente fundamentado de realizar a prossecução da justiça penal <sup>1325</sup>. Bem ao contrário do que normalmente se pode propor, o domínio fundamental e mais eficiente para o combate da própria criminalidade internacional passa, primordialmente, pela atuação dos Estados nacionais, desde que essa atuação seja reforçada pela necessidade de atuação fora de seu território e ao abrigo de mecanismos eficientes de cooperação <sup>1326</sup>.

A necessidade concreta e urgente de se protegerem internacionalmente os direitos humanos, através da concessão de uma legitimidade institucional conjunta à

---

<sup>1325</sup> COSTA, José Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 9, n. 34, abr./jun. 2001. São Paulo: Ed. RT, p. 24.

<sup>1326</sup> CAEIRO, Pedro. Perspectivas de Formação de um Direito Penal da União Europeia. *RPCC* 6, 1996, p. 201.

comunidade internacional, justifica, atualmente, o implemento de uma estrutura convergente e harmonizada de cooperação penal internacional, haja vista, inclusive, os exemplos sem êxito dos tribunais penais internacionais. Aflora-se, assim, a ideia de criação de regras processuais comuns, fundadas na cooperação judicial entre os Estados, que possam superar a incapacidade dos ordenamentos jurídicos internos e do Tribunal Penal Internacional, conduzindo os Estados a punirem as transgressões cujos efeitos ultrapassam as fronteiras nacionais e atingem a sociedade internacional como um todo.

Entende-se, aqui, firmemente, que as dessemelhanças, nos ordenamentos jurídicos, relativamente a determinados fatos típicos e especialmente no que se refere aos mecanismos de cooperação penal internacional, trazem consequências negativas não apenas para a persecução penal do Estado, deixando impunes diversas situações de atentados aos direitos humanos, mas também em diversas outras situações, para os direitos fundamentais relativos às garantias processuais dos investigados. O propósito posto como sugestão do presente trabalho, de harmonização normativa e de uniformização de um instrumento de cooperação penal internacional, pois, serve de controle das divergências entre os sistemas, permitindo uma maior proteção dos interesses do Estado e também do investigado, interesses esses sempre sujeitos às mais diversas nuances e especificidades previstas nos diversos ordenamentos.

Assim, toda essa problemática acima desenvolvida apresenta-se não por conta da instrumentalização, *per si*, dos métodos de cooperação entre os países, mas sim pelo fato de tais métodos estarem sendo implementados, nos dias de hoje, à luz de bases normativas completamente diferenciadas entre os países, especialmente se se levam em consideração países de tradições jurídicas diferentes, como são os casos das aqui analisadas famílias jurídicas da *Common Law* e *Civil Law*. Se é verdade que a cooperação internacional pode conduzir à medidas de constrição que restrinjam, por vezes, gravemente, a liberdade pessoal, não é menos evidente que a aplicação uniforme de regras cooperativas entre os países otimizaria também a situação jurídica do envolvido, que não estaria submetido a regras eventualmente mais rigorosas por parte de um dos sistemas jurídicos e teria à disposição o uso de institutos não previstos, por exemplo, em seu ordenamento de origem.

Por isso, buscando evitar conflitos jurisdicionais complexos e mal resolvidos e, especialmente, consequências jurídicas negativas aos direitos fundamentais

do investigado, como os acima expostos, é que a solução para tais conflitos jurídicos passa, realmente, pela busca de mecanismos de harmonização entre os diversos ordenamentos jurídicos. A constituição de elementos normativos mínimos de determinados injustos penais internacionais e a criação de um instrumento uniforme de cooperação penal internacional entre os diversos países enseja o estabelecimento de critérios legais e jurídicos que aproximem a aplicação pelos Estados cooperantes e cooperados das regras protetivas aos direitos humanos fundamentais, prevenindo, assim, as controvérsias tradicionalmente ocorridas entre as Cortes dos diversos países. A referida harmonização contribui para que, nos procedimentos de cooperação penal internacional, haja fiel consideração da relevância da proteção dos direitos humanos fundamentais, no sentido de a aplicação do direito penal estrangeiro – viabilizado por mecanismos de cooperação – não poder gerar uma afetação negativa aos direitos fundamentais do investigado.

Nesse sentido, dois valores fundamentais, de certo modo, antagônicos ou, ao menos, dialeticamente opostos, têm emergido recentemente, em sede de cooperação penal em matéria penal: de um lado, a necessidade de intensificar a referida cooperação na luta contra o crime; de outro, a consciência, cada vez mais, profunda de que os direitos fundamentais devem colocar-se como termo de referência nessa matéria e, conseqüentemente, como limite à cooperação penal e matéria penal. O certo é que o paradigma universal dos direitos humanos deve ser, pois, o ponto de intersecção entre os diversos ordenamentos jurídicos nacionais e, assim, a instância legitimadora de convergência a partir do qual a cooperação internacional deve se desenvolver.

O crescimento das interações entre os países, no que se refere à cooperação judicial, pode normalmente ser empreendido sem gerar necessariamente um conflito entre os dois quadros normativos (nacional e internacional), bastando, no mais das vezes, um enfrentamento uniforme e harmônico dos desafios que, usual e ineficientemente, são enfrentados através dos diferentes caminhos apresentados pela estrutura divergente e pelo funcionamento desigual dos sistemas legais. O objetivo final das obrigações internacionais firmadas pelos países deveria primar por uma adequada e eficiente conexão entre os sistemas interno e externo, pronta para responder às necessidades de provimento das demandas de cooperação, sem o rompimento dos compromissos de proteção e de promoção dos direitos humanos individuais, agindo, portanto, com critérios de razoabilidade, mas também de eficácia.

A crença comprovada de que certos direitos já possuem unânime aceitação internacional, exige, como consequência necessária, uma crescente combinação entre as normas anteriormente divergentes e a execução de planos de cooperação para o desencadear das referidas normas. Vários argumentos a mais podem ser apontados em favor da imprescindibilidade da harmonização dos tipos penais nacionais na Comunidade Internacional para uma adequada operacionalização da cooperação penal entre os países:

1) apesar das diferenças de valores culturais entre os países, a aproximação das leis contribuiria para simplificar a aplicação da lei nas pendências processuais interestados, a partir da evidência de que os Estados deteriam, como base normativa para aplicação, basicamente a mesma lei de referência ou, até mesmo, leis diferentes, mas com conteúdo bastante uniforme;

2) é fácil concluir que essa situação de convergência reduziria o número de hipóteses de negativa de extradição e de mútua colaboração entre os países, já que deixariam de surgir diversos casos de conflitos normativos, usualmente ocorridos;

3) se os Estados detivessem, em sua estrutura jurídica, uma base normativa convergente, no âmbito penal e processual penal, criar-se-ia o cenário de confiança adequado para a mútua assistência e cooperação entre os juízes e tribunais desses Estados, o que permitiria a aplicação direta e não burocrática das decisões judiciais proferidas pelas autoridades do Poder Judiciário de cada país, conforme se verá, com precisão, mais à frente;

4) a assimilação comum, com contornos normativos o máximo possível aproximados e harmônicos, na estrutura jurídica interna dos países da *Common Law* e *Civil Law*, de componentes fundamentais das regras materiais de determinados tipos penais, constitui base normativa interna suficiente para a convergência e aplicabilidade dos institutos de cooperação penal internacional;

5) a resposta à criminalidade internacional advinda da globalização deve basear-se em tipos penais assentados em um estreitamento das tradições jurídico-penais anglo-saxãs e continentais, sem ignorar as imposições e perspectivas advindas de ambos os sistemas.

A partir da sugestão de harmonização, os Estados teriam o dever de aceitar as definições comuns de outros países, ainda que não as tivessem assimilado em seus ordenamentos jurídicos. Seriam, portanto, obrigados a cooperar, independentemente de

previsão normativa absolutamente similar com a do país ou países envolvidos no processo de cooperação. A harmonização legislativa, no que se refere ao âmbito do direito penal material, justifica-se, assim, como resguardo mínimo da cooperação jurídica internacional. Possuindo uma base normativa mínima comum, os Estados terão uma confiança recíproca em seus respectivos ordenamentos jurídico-penais, já que o Estado ao qual fora solicitado o pedido de cooperação considerará, *ab initio*, como legítima e compatível a persecução penal do Estado solicitante, ainda que em um ou outro ponto haja pequenas divergências normativas. O estabelecimento de uma racionalidade jurídica comum que possa subsidiar os diferentes ordenamentos jurídicos permite que o Estado ao qual fora solicitado o pedido de cooperação não tenha que entrar no exame intensivo dos requisitos de mérito e procedimentais admitidos pelo Estado solicitante e pelo seu próprio ordenamento, pois partirá da premissa de que o dito Estado efetua sua atividade de maneira legal e legítima.

Com efeito, a proposta que ora se apresenta funda-se na ideia de que a adoção de uma base mínima comum do Direito Penal não é só necessária, mas também factível, já que, possuindo um ambiente normativo comum e convergente, torna-se lógico que os Estados passem a confiar uns nos outros na solução de problemas que lhes são também comuns. Com a aproximação normativa entre as diversas legislações para fins de cooperação penal internacional - propósito primeiro da presente pesquisa - haverá, ao contrário, um estímulo aos países em auxiliar a persecução desenvolvida no outro, por reconhecer no outro ordenamento uma base normativa harmônica à sua. Importa assinalar, no âmbito de tais considerações, é que se percebe a necessidade de implementação de um duplo objetivo, sendo a existência do primeiro prejudicial à do segundo: um primeiro objetivo de aproximar as normas penais que tratem dos crimes de especial gravidade e de conteúdo transfronteiriço, em paralelo a um segundo objetivo, que é o de garantir a aplicação eficaz das normas harmonizadas através de um sistema de cooperação penal internacional uniforme entre os diversos Estados.

A harmonização internacional deterá um resultado útil e concreto, especialmente, quando puder formar uma base normativa mínima validamente reconhecida internacionalmente. A partir dessa base normativa penal em âmbito internacional – operada, gradualmente, através do estabelecimento de normas mínimas substanciais e de mecanismo comum de cooperação, na forma como mais à frente será reportada - convertesse, desse modo, em elemento facilitador do cumprimento do objetivo de cooperação penal

internacional entre os Estados, cuja implementação torna-se indispensável para a prevenção coordenada da criminalidade transfronteiriça e consequente proteção dos direitos humanos garantidos internacionalmente. Para atingir o objetivo de homogeneidade entre os ordenamentos jurídicos, através de um gradual processo de convergência consensual entre Estados independentes, deve-se partir, portanto, da adoção de soluções legislativas comuns. Esse impulso legislativo que põe em dinamismo a harmonização das normas e a aproximação entre os ordenamentos jurídicos tem, enfim, o objetivo prioritário de viabilizar um modelo seguro de cooperação penal entre os países, resguardando, tanto o interesse da aplicação eficaz da norma como os direitos fundamentais do arguido.

Verificou-se, conforme se expôs acima e através da análise descritiva constante do anexo desta Tese, grandes desuniformidades e oposições dos sistemas de cooperação penal internacional, impossibilitando, autenticamente, uma comunicação e funcionamento adequado entre eles. À luz dessa análise descritiva, no âmbito da cooperação penal internacional, os sistemas penais das sociedades contemporâneas enfrentam problemas bastante coincidentes, solucionando cada sistema, entretanto, de maneira distinta, as situações geradas pelos comportamentos fáticos socialmente danosos. Em análise aos regramentos penais nacionais, percebe-se, assim, a necessidade de sistematização entre as normas de cooperação penal dos diversos países, revelando, ainda, a percepção de que só a convergência entre os inúmeros ordenamentos jurídicos através de um procedimento uniforme de cooperação permitirá uma escoreta relação entre os diferentes sistemas jurídicos. Resta fora de questionamentos, pois, a nítida imprecisão legislativa dos ordenamentos jurídicos nacionais quanto ao tratamento da cooperação jurídica internacional, sendo vital que se busque, através do estabelecimento de um procedimento comum de funcionamento entre os sistemas jurídicos nacionais, o estabelecimento de uma adequada, responsável e universalmente viável cooperação penal em face dos crimes de transcendência internacional.

Esses motivos ensejam à conclusão de que a cooperação jurídica em matéria penal e processual penal, disseminada com base em uma estrutura normativa harmônica também nos dois ramos do Direito, oferece aos juízes domésticos um caminho mais propenso à proteção dos bens jurídicos nacionais e internacionais, ampliando sua autoridade e fazendo cumprir sua função tradicional no desenvolvimento democrático de seu Estado. Entretanto, verificou-se que os juízes, em determinado sentido, criam o

Direito, em variadas medidas, e, por conseguinte, negligencia-se qualquer preocupação em lidar com esta criação ou em controlá-la racionalmente. A partir de tal constatação, o reconhecimento dos poderes dos juízes precisa vir conjuntamente à ampliação de seus deveres, caso contrário ter-se-á uma desmedida ampliação daqueles e a continuidade ou mesmo agravamento da crise de coerência e racionalidade que se presencia no Direito, incompatível com a ideia de Estado Constitucional.

É exatamente quanto a esses aspectos que o modelo utilizado nos sistemas de *Common Law* – paulatinamente também incorporada ao modelo do *Civil Law*, através das chamadas súmulas vinculantes – tem algo de muito lúcido a ensinar aos países de tradição romanística, sendo incontestável a importância da técnica de precedentes judiciais no próprio esclarecimento e na delimitação do conteúdo vago e nebuloso das normas que possuem conceito jurídico indeterminado. Para que o âmbito de subjetividade do juiz não seja amplo a ponto de não haver limites nem permitir controle, é necessário que sejam fixados parâmetros mínimos à concreção da norma para que se possa alcançar um resultado justo. A necessidade de se delimitar a discricionariedade judicial ante a inafastável evidência da previsão e aplicação dos conceitos indeterminados dá real significância aos precedentes, pois, na proporção em que os casos concretos são decididos com respeito aos mesmos, tais conceitos passam a ser apenas relativamente indeterminados pelo grupo de casos.

A ideia de aplicação mecânica da lei é uma ilusão, que, ao contrário de lidar com a realidade, esconde-a e acaba por ser irresponsável com a criatividade jurisprudencial, permitindo sua plena desordem. O que busca a teoria dos precedentes não é mais do que definir essa responsabilidade, a partir do dever jurídico direcionado aos juízes e demais profissionais de levarem em conta aquilo que já foi decidido anteriormente nos tribunais. A teoria dos precedentes judiciais obrigatórios parte da premissa de que há criatividade na atuação jurisdicional, mas, ao contrário do que se costuma aduzir, não está preocupada em dar poderes aos julgadores. Realmente, o *stare decisis* tem como maior mérito buscar que a aplicação do direito seja feita de forma mais racional e coerente, muito ao contrário de dar poderes aos juízes, ela lhes dá responsabilidades, restringindo o âmbito de discricionariedade na criação e fornecendo limites ou parâmetros para a decisão. A partir das tais constatações, se quiser exercer seu intento jurisdicional de guardião do Estado Democrático, o magistrado deve, sem a menor dúvida, desempenhar uma atividade



judicante discricionária comprometida com os limites que lhe forem impostos pelos precedentes judiciais que lhe antecedem a jurisdição.

Ademais, cada país e cada tratado sugerem medidas com listas específicas de requisitos, sendo, portanto, inúmeras as variantes, o que acaba, em algum momento, por romper o encadeamento da medida cooperativa solicitada no exterior, prejudicando, assim, a relação de cooperação, bem como - na mesma ou até em maior medida - malferindo a própria segurança jurídica do encaminhamento da persecução penal empreendida através do pleito cooperativo e, pois, a própria situação jurídico-processual do visado. Também quando a comunicação entre os diversos sistemas jurídicos não é feita entre as mesmas autoridades judiciárias, mas entre instituições diferentes, resta inviabilizado, na maioria das vezes, o propósito cooperativo, confundindo o jurisdicionado e até mesmo a autoridade estrangeira. Em muitos desses casos, em virtude da natureza, muitas vezes, fluida da prova, a rapidez em sua obtenção é indispensável, o que faz com que a assistência direta seja a maneira mais adequada para a consecução do pedido. Ante a insuficiência dos mecanismos tradicionais de cooperação para lidar com as situações que os Estados têm enfrentado em tempos de intensos fluxos migratórios, acercamentos comerciais e políticos, relativização de controles fronteiriços, entre outros fenômenos da modernidade, devem-se buscar mecanismos outros que não os tradicionalmente previstos, os quais restam amarrados na burocracia hierárquica e procedimental prevista nos textos constitucionais ou mesmo nas legislações ordinárias, bem como, principalmente, não possuem uniformidade que dê a aptidão que o pleito cooperativo requer.

Para a superação desses paradigmas, torna-se imprescindível a padronização de um procedimento de cooperação jurídica internacional *stricto sensu* que seja realizado de forma direta e simplificada, por autoridades judiciais de primeira instância dos Estados envolvidos, de modo a tornar o modelo de cooperação entre os países, definitivamente, seguro e eficiente. O aperfeiçoamento do sistema permitiria que os pedidos de assistência judiciária não estivessem sujeitos a juízo de delibação ou a controle prelibatório de qualquer instância diplomática ou mesmo de qualquer órgão do Poder Executivo ou Corte Superior do Poder Judiciário, devendo ser levados, de logo, ao juízo de primeiro grau competente para a apreciação do pedido, se for o caso de cooperação que envolva provimento jurisdicional ou necessária intervenção judicial. Voltando-se aos muitos mecanismos de cooperação penal internacional entre os diversos países, em estudo dos

previstos nos 6 (seis) países constante do anexo desta Tese, bem como dos instrumentos internacionais dos quais os mesmos fazem parte, evidente se mostra a necessidade de uma simplificação do procedimento cooperativo, para torná-lo direto, desburocratizado e alinhado às novas tecnologias.

Assim, o grande desafio para a cooperação jurídica internacional é a criação de um instituto uniforme que possibilite respeitar o devido processo legal e também as peculiaridades de cada ordenamento, ensejando ao mesmo tempo o aprimoramento da cooperação e o respeito aos direitos do indivíduo. Já que o intuito de desenvolver a cooperação entre os Estados e proteger judicialmente os direitos individuais envolvidos depende, à luz do que foi visto, de um maior grau de linearidade no procedimento cooperativo, controle judicial e de uma maior desburocratização e aproximação das legislações, propôs-se a criação, no âmbito de cada ordenamento jurídico, do instituto da *Colaboração Recíproca Direta* através de jurisdição exclusiva da autoridade judicial de primeiro grau, dispensando a delibação de quaisquer outros órgãos do Poder Judiciário e a ingerência de qualquer outro órgão diplomático ou de outro poder constitucional.

Nesse sentido, bem ao contrário, os atuais mecanismos de cooperação negam direitos fundamentais aos acusados e investigados, impedindo-os de se utilizar adequadamente dos tratados para obter testemunhos, documentos e assistência em seu favor, ou mesmo de tentar utilizar o tratado para excluir provas ou obstar a execução de um pedido de cooperação, o que acaba por fazer pender a balança excessivamente em favor da acusação, obstaculizando a verdadeira justiça no sistema penal internacional. Ao impedir o uso dos termos do tratado pela defesa, acaba-se, por via de consequência, por inviabilizar a participação dos réus e investigados no procedimento, obstando, inclusive, a apresentação de argumentos defensivos hábeis a excluí-los de um requerimento de assistência ou mesmo impedir o processamento do pedido de cooperação como um todo.

Abre-se ainda a possibilidade de utilização da prova, pelo Estado requerido, para instaurar uma nova investigação contra o mesmo indivíduo, pois embora o propósito do pedido de cooperação seja auxiliar os governos estrangeiros em seus casos criminais, não se proíbe expressamente o Estado requerido de usar a informação obtida para o país estrangeiro para dar início à sua própria investigação criminal. Nesse sentido, o uso da prova pelo Estado estrangeiro é facilitado diante do fato de que o réu não é detentor de quaisquer direitos de intervenção. Do mesmo modo, o Estado requerente pode fazer um

pedido de cooperação arbitrário e, uma vez que ao réu não é dado se manifestar no procedimento, dificilmente esse pedido deixará de ser processado pelo Estado requerido.

Situações como esta exigem o envolvimento de órgãos jurisdicionais imparciais, capazes de processar o pedido de cooperação apenas após a acusação e defesa serem chamados a participar do processo, dinâmica esta que pode ser perfeitamente alcançada através da implantação do mecanismo de *Colaboração Recíproca Direta*. Por tudo que foi exposto no decorrer deste estudo, conclui-se, portanto, que, como um primeiro passo de mudança, apenas a harmonização do conteúdo mínimo das infrações penais internacionais e a criação de um mecanismo de cooperação uniforme - exatamente a *Colaboração Recíproca Direta*, aqui proposta e sugerida - necessário à persecução das mesmas criarão um ambiente propício ao reconhecimento recíproco das deliberações judiciais advindas de outros Estados, institucionalizando um modelo de persecução penal internacional verdadeiramente eficiente e garantidor dos direitos e garantias individuais.

## 11 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Henry J., *The judicial process*, 5th Ed., *Oxford University Press*, p. 8.

Acórdão Comissão das Comunidades Europeias contra a República Italiana do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 13 de setembro de 1972 — Processo 48/71, Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61971CJ0048:PT:PDF>, visitado às 09 hs do dia 12 de agosto de 2012.

Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 09.03.1978, processo 106/77, *Simmenthal*, Col., p. 645 e sgs., § 21.

Acórdão do tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 22.10.1987, processo 314/85, *Foto-Frost*, Col., p. 4199 e sgs.

Acórdão do Tribunal de Justiça, 15 de Julho de 1964, processo nº 6/64, “Flamínio Costa contra E.N.E.L.”, acórdão de 15 de Julho de 1964, *Colect.*, 1962-1964, p. 549.

Acórdão *International Handelsge-sellschaft*, Proc. Número 11/70, *Colect.* 1970, p.1125.

Acórdão *Van Geng en Loos* do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 5 de Fevereiro de 1963, processo 26/62, disponível no sítio <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962CJ0026:PT:PDF>, visitado às 10 hs do dia 12 de setembro de 2012.

Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias *Stork* [1959] e *Comptoir de vente du Charbon de la Ruhr* [1960], disponível em <https://eucaselaw.wordpress.com/2013/06/21/stork-1959/>, visitado em 22 de fevereiro de 2015.

ALBRECHT, Peter-Alexis, *Die vergessene Freiheit, Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte, in Sicherheit vor Freiheit? Terrorismusbekämpfung und die Sorge um dem freiheitlichen Rechtsstaat* - Princípios de direito penal em debate: a segurança e liberdade europeias, Terrorismo e preocupação com o Estado de direito, Forum Berlim, Berlim, 2003.

ALEXY, Robert, *A defence of Radbruch's formula*, in D. Dyzenhaus -ed.-, *Recrafting the rule of law – Hart -*, 1999.

ALEXY, Robert, *Conceito e Validade do Direito*, WMF Martins Fontes, Coleção Biblioteca Jurídica, 2009.

ALEXY, Robert, *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín*, in “*Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*”, Nº 23, 2000.

ALEXY, Robert, Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional, in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, 1999.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALLDRIDGE, Peter, *Scientific Expertise and Comparative Criminal Procedure*, 3 Int'l J. Evid. & Proof, 1999.

ALLEN, William S., *The Nazi Seizure of Power: The Experience of a Single German Town 1922–1945*, Franklin Watts; Revised edition, 1984.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. O ensino do direito. Revista de direito público, v. 20, p. 129-153, abr./jun. 1972.

ALVARIÑO, Julia Ruiloba. *El convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987. Su aplicación en España*. Madrid: Universas Rey Juan Carlos, 2005.

ALVES, José Carlos Moreira, Direito Romano, Forense, Rio de Janeiro, 4 edição, 1978.

ALVIM, Arruda. *Sentença no processo civil: as diversas formas de terminação do processo em primeiro grau*. São Paulo: RT, 1995.

ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1990

AMANN, Diane Marie, *Harmonic Convergence? Constitutional Criminal Procedure in an International Context*, University of Georgia School of Law, *Indiana Law Journal*, Vol. 75, March/April 2000.

AMARAL JUNIOR, Alberto do, Curso de Direito Internacional Público. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 1.

AMBOS, K., *Impunidad y Derecho Penal Internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolívia, Perú, Chile y Argentina*, 1997.

AMBOS, Kai, A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

AMBOS, Kai, *Principios generales de Derecho Penal em el Estatuto de Roma de La Corte Penal Internacional*, Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001.

AMBOS, Kai, *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S. A., Madrid, 2006.

ANARTE BORRALLLO, E., “*Conjeturas sobre la criminalidad organizadas, en Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos* (Eds., FERRÉ/ANARTE), Universidad de Huelva, 1999.

ANDRADE, Manuel da Costa. *A nova lei dos crimes contra a economia (dec.-Lei nº 28/84, de 20 de janeiro) `a luz do conceito de” bem jurídico”*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

ANDRADE, Manuel da Costa, Constituição e Direito Penal, in *A Justiça dos Dois Lados do Atlântico — Teoria e Prática do Processo Criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Seminário realizado no auditório da Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento em Novembro de 1997, Versão portuguesa, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, Novembro 1997.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

ANNAN, Kofi. *Preventing, combating and punishing trafficking in human organs, Report of the Secretary-General*, UN Doc. E/CN.15/2006/10, 21.02.2006.

ANZILOTTI, Dionisio, *Il Diritto Internazionale nel Giudizi Interni*, in *Schitti di Diritto Internazionale*, vol I, 1956.

APPIAH, Kwame Anthony. *Cosmopolitanism. Ethics in a World of Strangers*. New York & London, W.W. Norton & Company, 2006.

ARAGÓN REYES, Manuel, *La Constitución como paradigma*, In: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

ARAÚJO, Giselle Ferreira de, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 15, n. 58, jan.-mar./2007.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim, *Direito Internacional Penal*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2000.

ARBOUR, L.; ESER, A.; AMBOS, K.; SANDERS, A (editores). *The Prosecutor of Permanent ICC*. Freiburg im Breisgau: Instituto Max Plankt. 2000.

ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo e ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. *Los derechos en La Revolución inglesa, in Historia de los derechos fundamentales, Tomo I: Transito a la modernidade, Siglos XVI y XVII*.

ARISTÓTELES, *A política*, Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.

ARISTÓTELES, *Dos Argumentos Sofistas, Ética a Nicômaco*, trad. De Pietro Nasseti, São Paulo, Martin Claret, 2003 capítulo 14.

ARRIAZA ROTH., N., *State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law*, California L.R., 1990, Vol. 78.

ARRIAZA ROTH., N., *Justice not impunity: Proceedings of the International Meeting Concerning Impunity for Perpetrators of Gross Human Rights Violations*, 1993.

ARTÚCIO, Alejandro. *Universalidad, indivisibilidad, y interdependencia de los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos. Breves nociones de los mecanismos de supervisión a nivel universal y regional. In: Seminário sobre derechos económicos, sociales y culturales. Comisión Internacional de juristas. Bogotá: 1996.*

ARZT, Gunther, “*Wissenschaftsbedarfnach dem 6*”, StrRG, ZStW 111, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito – Introdução e Teoria Geral: uma Perspectiva Luso-Brasileira*, 6ª Ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1991.

ASHWORTH, Andrew, “*Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht England*” – Trad.: Requisitos Básicos da Parte Geral do Direito Sancionatório Europeu. Relatório Nacional para a Inglaterra-, ZStW 110, 1998.

ASP, Petter, *The Nordic “sistem” for mutual recognition in criminal matters, in La reconnaissance Mutuelle de décisions judiciaires pénales dans l’Union Européenne Mutual recognition of judicial decisions in the penal field within the European Union*, org. Gilles de Kerchove/Anne Weimbergh, Editions de l’Université de Bruxelles, 2001.

ASSIER-ANDRIEU, Louis, *O Direito das Sociedades Humanas*, Trad. Maria Ermatina Galvão, Martins Fontes, São Paulo, 2000.

Association Internationale de Droit Penale, 65º anée – nouvelle série, 1º e 2º trimestres de 1994, Érès.

ASSUNÇÃO, Maria Leonor Assunção, *O Processo Penal de Macau: características fundamentais, Seminário de Direito Comparado. Os sistemas jurídicos de Macau, de Portugal e da República Popular da China*, Universidade de Pequim, R.P.C., 19 a 21 de Maio de 1997.

ATIENZA, Manoel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AXELROD, Robert and R. Keohane, *Achieving Cooperation under Anarchy: Strategies and Institutions*, 38 (1) *World Politics*, 1985.

BACIGALUPO, Enrique, *El método comparativo en la elaboración del Derecho penal europeo*, en *Hacia el nuevo Derecho penal*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2006.

BACIGALUPO, Enrique, *Existem condições para um Direito Penal Europeu?*, Conferência proferida no dia 4 de Julho de 2008 na Escola Judicial do Conselho Geral do Poder Judiciario, Barcelona, Revista, Julgar, n. 6, 2008.

BACIGALUPO, Enrique, *El “Corpus Juris” y la tradición de la cultura jurídico-penal de los EE. MM. de la Unión Europea*, en *Hacia el nuevo Derecho penal*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2006.

BACIGALUPO, Enrique, *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus Juris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*, Madrid, ed. Colex, 1998.

BACIGALUPO, Enrique, *Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de Derechos Humanos cometidas en el extranjero*, CDJ, n. 07, 2001, p. 1999-2000.

BACKER, Larry Catá. *God(S) over Constitutions: International and Religious Transnational Constitutionalism in the 21st Century*, Disponível em: <http://law.mc.edu/files/3312/8086/4758/mootcourt27.011-066.pdf>). Acesso em 05 de agosto de 2015.

BADARÓ, Gustavo, *A utilização da hearsay witness na Corte Penal Internacional, Estudo sobre sua admissibilidade e valoração*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – www.zis-online.com*, abril 2014, p. 177-188.

BAKER, J.H., *Introdution to English Legal History*, 3. ed., London: Butterworths, 1990, p.123, nota 200.

BAPTISTA, Felipe Derbli C., *A Evolução Histórica da Jurisdição Constitucional e sua Influência no Direito Constitucional Brasileiro*, R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (57) 2003.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *“Precedent in the United Kingdom”*. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 332.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da 2011 aproximação dos sistemas de common law e civil law*, Tese de Doutorado – PUCPR, 2011, disponível no sítio <http://pt.scribd.com/doc/231929049/Tese-Estefania#scribd> , com acesso de 15 de janeiro de 2015.

BARBOSA, Rui. *Discursos no Instituto dos Advogados Brasileiros*, Editora Martin Claret, São Paulo, 2004.



- BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*, Vol. XLV – 1918 – t. IV – Questão Minas vs. Werneck, rio de Janeiro, MEC/FCRB, 1980.
- BARCHET, Bruno Aguilera, *Introducción Jurídica a La História del Derecho*, 2º edición, Madrid: Editorial Civitas, 1996.
- BARTH, Barbara D., *American Legal Education: Some Advice from Abroad*, 23 Buff. L. Rev., 1974, p. 681.
- BASOCO, J.M. Terradillos, *Política y Derecho Penal en Europa*, Revista Penal, Nº 3, , La Ley S.A, 1999.
- BASSIOUNI, M. Cherif, *An Apraisal of the Growth and Developing Trends of International Criminal Law*, in *Revue Internationale de Droit Penal*, 1998.
- BASSIOUNI, M. Cherif, *Chronology of efforts to establish an International Criminal Court*. In: *Nouvelles Études Penales*, n. 10, Toulouse: Érès, 1993.
- BASSIOUNI, M. Cherif, *Crimes against humanity in International Criminal Law*, *The Netherlands Kluwer Academic Press*, 1992.
- BASSIOUNI, M. Cheril., *International Criminal Law*, 2º ed. Ardsley, N.Y. *Transnacional Publishers*, 1998. p. 227.
- BASTOS, Celso Ribeiro, *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 396.
- BAUDENBANCHER, C., ‘*Das Europäische Modell bei Kartellverbot und Missbrauchsaufsicht – ein Exportartikel? - O Modelo Europeu de proibição de Cartéis e Controle do Abuso: um Item de Exportação?*’, in: *Schwerpunkte des Kartellrechts* 9, FIW-Schriftenreihe n. 175, 1997, p. 13.
- BAUDENBANCHER, C., ‘*Some Remarks on the Method of Civil Law*’, 1999, 34 *Texas International Law Journal*, p. 356.
- BAUER, Die, *volkrechtswidrige Entführung (Abduction in Violation of International Law)*, 1968, pp. 23 e seguintes e pp. 123 e seguintes.
- BAUMAN, Zigmunt, *Globalization – The Human Consequences*, Polity Express: Cambridge, 1998, p. 12.
- BAUMAN, Zigmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 8
- BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*. Trad. Corando A. Finzi. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986, p. 3, 166-172.

BAUR, Fritz, Introdução, em German Association of Comparative Law, Bibliography of German Law, Karlsruhe, Muller, 1964, p. 8.

BEAUFORT, Louis de, *Dissertation sur l'incertitude dès cinq premiers siècles de l'histoire romaine, nouvelle édition, avec une introduction ET dès notes, par. A Blot, Paris 1866*, pp. 22-23.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-101628/>>. Acesso em: 2016-03-16.

BECCARIA, Cesare – *Dos delitos e das penas*. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BECK, Ulrich, Sociedade de risco - Rumo a uma outra modernidade, editora 34, 2010.

BECKER, Theodore L., *The Fall and Rise of Political Scientific Jurisprudence: Its Relevance to Contemporary Legal Concepts*, *I Law and Society Review* 15, 1967.

BELAID, Sadok, '*Droit international et droit constitutionnel: Les développements récents*', in Rafea Ben Achour and Slim Laghmani (eds), *Droit international et droits internes: Développements récents*, Editions A. Pedone, Paris 1998.

BELEZA, Teresa Pizarro, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, Direito Processual Penal I, Objeto do Processo, Liberdade de Qualificação Jurídica e Caso Julgado, Lisboa, 2001.

BELEZA, Teresa Pizarro, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal, Almeidina, janeiro de 2013.

BENAVIDES, Luis, *The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope*, 1 Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 2001.

BENTHAM, Jeremy, *The Works of Jeremy Bentham, vol. 4, Panopticon, Constitution, Colonies, Codification*, 1843, p. 478.

BENVENISTI, Eyal, '*Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts*', 2008 *American Journal of International Law* 102, p. 241.

BENVENISTI, Eyal, *The Democratizing Effects of Transjudicial Coordination*, Tel Aviv University Law School, Tel Aviv University Law Faculty Papers, 2012, p. 163, 164, 165 e 168.

BENVENISTI, Eyal; GEORGE, Downs, 'Court Cooperation, Executive Accountability and Global Governance', 2009 *NYU Journal of International Law & Policy* 41, pp. 931-958.

BERBER, Volkerrecht (International Law), vol. I, 1975, pp. 170 e seguintes, Vol. III, 1977, pp. 19/20.

BERNARDI, Alessandro, *Les principes de droit national et leur développement au sein des systèmes pénaux français et italein*, RSC 1994.

BERNARDI , Alessandro, *Opportunité de l'harmonisation*, in *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, a cura di Mireille Delmas-Marty, Geneviève Giudicelli-Delage, Elisabeth Lambert-Abdelgawad, Paris, Société de législation comparée, 2003.

BERNARDI , Alessandro, *L'harmonisation des systèmes européens de sanction en matière de circulation routière*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2006.

BERNARDI , Alessandro, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quaderni fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 31 (2002), tomo II, p. 471-576. Una versione modificata dello stesso lavoro è stata pubblicata nella collana "Itinerari di Diritto penale", sezione "Saggi", Torino, Giappichelli editore, 2004.

BERNARDI , Alessandro, *Armonizzazione in ambito europeo dei processi di criminalizzazione primaria*, in *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali (Atti del III Convegno Internazionale promosso dal Centro Studi Giuridici "Francesco Carrara"*, Lucca, 24-25 maggio 2002), Milano, Giuffrè editore, 2005.

BEST, William Mawdesley; PHIPSON, Sidney Lovell, *Best on Evidence: The Principles of the Law of Evidence with Elementary Rules for Conducting the Examination and Cross-Examination of Witnesses*, 1992.

BEVILACQUA, Clovis, *Resumo das Licões de Legislaçao Comparada sobre direito privado*, Bahia, Livraria Magalhães, 1897.

BIBAS, Stephanos; BURKE-WHITE, William W., *Internacional Idealism Meets Domestic Criminal Procedure Realism*, *Duke Law Journal*, volume 59, número 4, janeiro de 2010.

BILIIER, Jean-cassien; MARYOLI, Aglaé, *História da Filosofia do Direito*, Manole, Porto, Portugal, S.D., p. 255.

BITTENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*, V.1 – 13ª edição São Paulo: Saraiva, 2008.

BIX, Brian, *Robert Alexy's Radbruch Formula, and the Nature of Legal Theory*, *Rechtstheorie*, Berlin, Vol. 37, 2006.

BLACK and GARNER. Eds. *Black's Law Dictionary*. 8 ed., 2007.

BLACKSTONE, William. *Commentaries of the Law of England*. Oxford, Clarendon Press, vol. I, 1765-1769.

BLAKESLEY, Christopher L. *Impact of Constitutionalism on Criminal Justice Systems-Synthesis Report*. in: *Comparative Criminal Justice Systems*. From Diversity to Rapprochement, International Association of Penal Law, Bordeaux, 1998.

BLUM, M.; STEINHARDT, R.G. "Federal jurisdiction over International Human Rights Claims: the Alien Tort Claims Act after *Filartiga v. Peña Irala*", Harvard I.L.J., 1981-1, vol. 22.

BOAVENTURA, Souza Santos. A crítica da razão indolente – Contra o desperdício da experiência. 2 ed., Vol. 1, Porto: Edições Afrontamento, outubro de 2002.

BOAVENTURA, Souza Santos. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade, 2 edição, São Paulo: Cortez, 1996.

BOAVENTURA, Souza Santos. *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. Nova Iorque: Routledge, 1995.

BOBBIO, Norberto. Presente e futuro dos direitos dos homens' *In A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

BODEMER, Klaus, Violencia e (in)segurança cidadã na América Latina: percepções, dados empíricos e respostas teóricas e políticas, *in* Desenvolvimentos atuais das ciencias criminais na Alemanha, Gazeta Jurídica, Brasília, 2013.

BODIN, L. B., Government by Judiciary, in *Political Science Quaterly* n° 26.

BOFF, Leonardo. *Inquisição: um espírito que continua a existir*. in KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James, O martelo das feiticeiras. 20ª ed. Rio de Janeiro, Record, Rosa dos Tempos, 2009, p. 13-14.

BOGDAN, Michael, *Comparative Law*, 1994, p. 27–30.

BOLEWSKI, Wilfried M., "Les Certificats Gouvernementaux Relatifs à l'Application du Droit International par le Juge Anglais", in *RGDIP*, 1973, no. 3, juillet/ sep.

BOLLO AROCENA, M.<sup>a</sup> Dolores, *Derecho internacional penal, studio de los crímenes internacionales y de las técnicas para la represión*, Bilbao, Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibertsitatea, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Malheiros, 1994.

- BORCHARDT, K. D. *El ABC del Derecho Comunitário*. Luxemburgo: *Oficinal de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas*, 2000.
- BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*, 2005.
- BORRADORI, Giovana. *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida*, Rio de Janeiro, 2004.
- BOSCARELLI, *Réflexions sur l'influence du droit communautaire sur le droit pénal des Etats membres' in Droit communautaire et droit penal*, Giuffrè-Bruylant, 1981.
- BOSON, Gerson de Brito Mello. *Direito internacional público: o Estado em direito das gentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- BOURDON, William. *La Cour pénale internationale*. Paris: Éditions du Seuil, 2000.
- BRADLEY, Craig M. *The Convergence of the Continental and the Common Law Model of Criminal Procedure*, 7 *Crim L.F.*, 1996.
- BRADLEY, Craig M. *The Emerging International Consensus as to Criminal Procedure Rules*, 14 *Mich. J. Int'l L.*, 1993.
- BRADLEY, Curtis A. *Universal Jurisdiction and U.S. Law*, U. Chi. Legal F., 2001.
- BRETONE Mário. *História do Direito Romano*, Editorial Estampa, Lisboa, 1990.
- BRITO, Jaime Domingues. OLIVEIRA, Flávio Luis de, *A Convergência do Sistema da Civil Law ao da Common Law a concretização dos Direitos*, em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS/article/viewFile/2616/2405>> Acesso em: 17 abr. 2013.
- BRONZE, Fernando José. *Continentalização do Direito Inglês ou Insularização do Direito Continental*, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento XXII, Coimbra, Portugal, 1975.
- BROWN, Chris. *Understanding International Relations*, New York: St. Martin's Press, 1997.
- BROWN, Darryl K. *Criminal Law Theory and Criminal Justice Practice*, 49 *Am. Crim. L. Rev.*, 2012.
- BROWN, Eric. "Socrates, the Cosmopolitan." *Stanford Agora: an Online Journal of Legal Perspectives*. 2000. Vol. 1:1.
- BULL, Hedley. 'The Grotian Conception of International Society', in H. Butterfield and M. Wight editors, *Diplomatic Investigations: Essays on the Theory of International Politics*, George Allen & Unwin, London, 1966.

BULL, Hedley. *The Anarchical Society*, London, Macmillan Press, 1977.

BURLEY, Anne-Marie Slaughter. *International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda*, 87 AM. J. INT'L L., 1993.

BYERS, M. "Custom, Power, and the Power of Rules: Customary International Law from an Interdisciplinary Perspective", Michigan J.I.L., 1995, vol. 17.

CAEIRO, Pedro. A Decisão-quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa, in *LiberDiscipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, 2003.

CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. In CORREIA, F. Alves, MACHADO, Jónatas E.M., LOUREIRO, João Carlos, org. – *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra : Coimbra Editora, 2012.

CAEIRO, Pedro. Cooperação Judiciária na União Europeia, in *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, Coimbra Editora, 2009.

CAEIRO, Pedro. *Direito Penal e Integração Europeia: uma introdução (Sumários e bibliografia para uso dos auditores do Curso de Pós-Graduação em Direito Penal Económico e Europeu de 2005)*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (polic), 2005.

CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado – O caso Português*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

CAEIRO, Pedro. Perspectivas de Formação de um Direito Penal da União Europeia, *RPCC* 6, 1996.

CAEIRO, Pedro. Proibições constitucionais de extraditar em função da pena aplicável (o estatuto constitucional das proibições de extraditar fundadas na natureza da pena correspondente ao crime segundo o direito do Estado requerente antes e depois da Lei Constitucional nº 1/97) in Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (ed.), *A Inclusão do Outro*. Coimbra: Coimbra Editora, Studia Iuridica 66 [Colloquia 9], 2002.

CAEIRO, Pedro. Tribunais Penais Internacionais: 'etapas de um caminho' ou 'astros em constelação'? (Uma visão político-jurídica do Estatuto de Roma), *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 10, 2002.

CAENEGEM, R. C. *Public prosecution of crime in twelfth-century England, Church and Government in the Middle Ages, Essays presented to C. R. Cheney*, org. C. N. L. Brooke et al. , Cambridge, 1976.

CAETANO, Marcello. *História do Direito Português*, VI (1140-1495), Verbo, Lisboa / São Paulo, 1981.

CAÍRES, João Manuel Golveia “O regime processual especial aplicável ao crime organizado (económico-financeiro): âmbito de aplicação da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, o regime do sigilo e do registo de voz e imagem”, in *Direito Penal Económico e Financeiro*, (Coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: 2012.

CALABRESI, Guido. *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard University Press, Cambridge/Mass, 1985.

CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*, Durham: Duke University Press, 1997.

CALVANO, Roberta. *Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale* n. 2 del 1996.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. “Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção estatal no Estado Democrático de Direito”. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva*, São Paulo: Editora Método, 2001.

CANÇADO TRINDADE. António Augusto. A Interação entre o direito internacional e do direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez., 1993.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Internacionalización del Derecho Penal y de la Política Criminal: algunas reflexiones sobre la lucha jurídico-penal contra el terrorismo*, in *Internacionalização do Direito Penal no novo Século*, Coimbra Editora, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.a edição revista, Coimbra Editora, 1993, p. 206.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 1993, pág. 215.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Teoria da Legislação Especial e Teoria da Legislação Penal. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correa*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1984, p. 850.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, ‘Brançosos’ e *Interconstitucionalidade, Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

- CAPLAN, L. M. *State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*. *The American Journal of International Law*, vol. 97, nº 4, Out., 2003.
- CAPPELLETTI, M. *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1971.
- CAPPELLETTI, M.; MERRYMAN; J. H. PERILLO; J.M., *The Italian Legal System An Introduction Stanford tan ord University Press* 1967.
- CAPPELLETTI, Mauro. “*Un Probleme Majeur: Controle Jurisdictionnel des Lois et Principe de Démocratie. Etude de Droit Comparé*”, in *Le Pouvoir des Juges*, trad. de René David, Paris: Ed. Econômica, 1990.
- CAPPELLETTI, Mauro. *The Doctrine of stare Decisis and the Civil Law: A Fundamental Difference - or no Difference at All? Em Festschrift fur konrad Zwerigert – aos cuidados de H. Bernstein, U. Drobnig e H. Kotz-*, Tubingen, Mohr, 1981.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Imprenta: Milano, A. Giuffrè, 1979, págs. 46, 62 e 64.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993.
- CARBONELL MATEU. Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3ª Edición, Valencia: tirant lo blanch, 1999.
- CARDOSO, G., O Direito Comparado na Jurisdição Constitucional, *Revista Direito GV*, São Paulo, Jul-Dez-2010.
- CARNEGIE, A.R., *Jurisdiction over violations of the Law and Customs of War*, BYBIL, vol. 39, 1963.
- CARNEVAU RODRÍGUEZ, R.: “*Cuestiones fundamentales que el ordenamiento comunitario propone a los Derechos pena es noclona es: Actualidad Penal*”, 1997, 31.
- CARRAPIÇO, Helena, O crime organizado transnacional na Europa: origens, práticas e consequências, *Cadernos do Instituto Nacional de Defesa*, n. 1, Maio, Lisboa, 2006.
- CARREAU, Dominique, *Droit Communautaire et Droits Nationaux: Concurrence ou Primauté? La contribution de L'Arrêt Simenthal*, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Paris, 1978.
- CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados e Derechos Humanos em El Derecho Internacional Contemporáneo*, 2 edição, Madri, Tecnos, 2001.
- CARTIER, Marie-Élisabeth (Coord.). *Le mandat d'arrêt européen*. Bruxelas: Bruylant, 2005.



- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18ª edição, São Paulo, Saraiva, 2007.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual da criminologia*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.
- CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade Européia e seu Ordenamento Jurídico*. São Paulo: LTR, 1994.
- CASSEL, D. *Empowering United States Courts to Hear Crimes Within the Jurisdiction of the International Criminal Court*. *New England Law Review*, vol. 35, 2001.
- CASSESE, Alberto, *Modern Constitutions and International Law, Recueil des Cours*, vol. 192, 1985, vol. III.
- CASSESE, Antonio. “De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional”. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de, *O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os Fundamentos e a Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.
- CASSESE, Antonio. *I diritti umani oggi*. Roma: GF Laterza, 2005, p. 70
- CASSESE, Antonio. *International criminal law*. New York: Oxford University Press, 2005.
- CASSESE, Antonio. *Erdemovic case - The Appeals Chamber rules that Drazen Erdemovic should enter a new plea*. The Hague, 7 October 1997, CC/PIO/247-E, disponível em <http://www.icty.org/sid/7463>, acessado em 12 de outubro de 2014, às 21 hs.
- CASSESE, Antonio. Existe um conflito insuperável entre soberania dos estados e a Justiça Penal Internacional? in *Crimes Internacionais e jurisdições Internacionais*, Manole, Barueri-SP, 2004.
- CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford University Press, New York, 2008.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Apontamentos de Metodologia Jurídica*. Coimbra, 1988-89.
- CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Método Jurídico*. In *Polis*, IV, Lisboa: Verbo, 2004.
- CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. RLJ, 117, 1984.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O actual problema metodológico da realização do direito*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia*, Vol. III, Coimbra, 1991.

- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. O papel do jurista no nosso tempo. *In: Digesta: Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra: Coimbra, 1995.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, 1968.
- CATTANEO, Mario A. *Illuminismo e legislazione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1966.
- CAUBET, Christian. *Legitimidade democrática interamericana e transição para a democracia no Brasil*. *In O Brasil e a dependência externa*, São Paulo, Acadêmica, 1989.
- CEPEDA, Ana Isabel Péry. *La seguridad como fundamento de la deriva Del derecho penal postmoderno*. Iustel, Madrid, 1º edição, 2007.
- CEREXHE, Etienne. *O Direito Europeu*. Lisboa: Editora Notícias, 1979, V. I.
- CERONE, Jonh P. U.S. attitudes towards International Criminal Courts and Tribunals, in ROMANO, Cesare P. R., *The Sword and the Scales, The United States and International Courts and Tribunals*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- CERVANTES, Miguel de. *Dom Quixote*. Tradução de Viscondes de Castilho e Azevedo, Coleção L&PM Pocket, abril de 2005.
- CESTARI, Virgínia Charpinel Junger e TOFFOLI, José Antonio Dias, *Mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional no Brasil*, pp. 8-9, Disponível em [www.agu.gov.br/page/download/index/id/1070064](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/1070064), acesso em 19/08/2015.
- CHASE, C.J., Opinion of the Court, Supreme Court of the United States, 74 U.S. 700, Texas v. White, 1869, [http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0074\\_0700\\_ZO.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0074_0700_ZO.html), visitado em 22 de janeiro de 2012, às 15:00 hs.
- CHASE, C.J. *Opinion of the Court*. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, 74 U.S. 700, Texas v. White, 1869.
- CHENUT, Charles-Henry. Interesses e contrastes do direito francês dos contratos: abordagem comparativa entre os sistemas de *Civil law* e de *Common law in Estudos de direito comparado e de direito internacional*, Ed. Juruá, 2011.
- CHESTER, Simon; HOGARTH, John. *Sentencing as a Human Process by John Hogarth: An International Review Symposium*, Osgoode Hall Law Journal 10.1, 1972.
- CHOUDHRY, Sujit (org.). *The Migration of Constitutional Ideas*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- CHURCHILL, Winston, na Universidade de Zurique, a 19 de Setembro de 1941. “50 anos de Europa”, Parlamento Europeu, 2ª ed. revista, Lisboa, 2005.

- CIAMPI, A. en: A. CASSESE y P. GAETA e J. R. JONES (eds.), *The Rome Statute of the ICC, A commentary* (2000), Vol. 2, pp. 1711 e ss.
- CIAMPI, Annalisa, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Verona: CEDAM, 2003.
- CÍCERO, Marco Túlio, *De officiis* 1 Par. 33 g.A..
- CJCE, 25 de julho de 1991, Stoeckel, C-346/89, I-4047.
- CLAISSE, Simon, JAMART, Jean-Sébastien, *L'harmonisation de sanctions, in Actualités de droit penal européen, Les dossiers de La Revue de Droit Pénal et de Criminologie* 9, Bruxelles: La Chartre, 2003.
- CLAVERO, Bartolome, *Introducción Historia Del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1992.
- COLLIN, Peter, *The Dictionary Of Law*. 3. ed. Londres: Peter Collin Publishing Ltd, 2000.
- COLLINGWOOD, R.G., *A idéia de história*, Lisboa: Presença, 1972.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Glosario: instituciones, Políticas y Ampliación de la Unión Europea*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, 2000, p.8.
- CONDE, Francisco Muñoz, HASSEMER, Winfred, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Ed. Tirant lo blanch. València 1989.
- CONDORELLI, Luigi; CIAMPI, Annalisa. *Comments on the Security Council Referral of the Situation on Darfur to the International Criminal Court*. 3 J. INT'L CRIM. JUST., 2005, p.591.
- CONDORELLI, Luigi. *"L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances"*, in R.C.A.D.I. 189:13-221.
- CONSTANTENESCO, Leontin-Jean, *Tratado de Direito Comparado*, Edição brasileira organizada por Maria Cristina de Cicco, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1998.
- CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal – com a colaboração de Figueiredo Dias, I*. Coimbra, 1963.
- CORREIA, Eduardo. *Direito criminal, I*. Coimbra: Almeidina, 1968.
- CORREIA BAPTISTA, Eduardo. *Direito internacional público – conceito e fontes*. Lisboa: Lex, v. I, 1998, p. 445-451.
- CORREIA BAPTISTA, Eduardo. *Ius Cogens em Direito Internacional*. LEX, Lisboa, 1997.

Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso dos Trabalhadores do Congresso, Aguado Alfaro y otros Vs. Perú. Sentença de 24 de novembro de 2006, Série C, n. 158.

COSTA, José de Faria. Consenso, Verdade e Direito. In *Boletim da Faculdade de Direito* 77, Coimbra, 2001.

COSTA, José de Faria. Tribunal Penal Internacional: um fio de esperança?, Crimes contra a Humanidade. In *Boletim da Ordem dos Advogados*, n. 21, jul-ago.

COSTA, José de Faria et alli (coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COSTA, José de Faria. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico, Notas a propósito do Colóquio preparatório da AIDP. Freiburg, setembro de 1982, in *Temas de Direito Penal Econômico*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

COSTA, José de Faria. Um Olhar Cruzado entre a Constituição e o Processo Penal. In: *A Justiça dos Dois Lados do Atlântico — Teoria e Prática do Processo Criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*. Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, Nov. 1997.

COSTA, José de Faria. A globalização e o tráfico de seres humanos (O pêndulo trágico da história e o direito penal). in *Direito Penal e Globalização, Reflexões não locais e pouco globais*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 1ª edição, 2010.

COSTA, José de Faria. *Direito Penal e Globalização*. Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 1ª edição, abril de 2010.

COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (Fragmentia Juris Poenalis)*. 2ª edição, Coimbra Editora, 2009.

COSTA, José de Faria. O Direito Penal, a Linguagem e o Mundo Globalizado, *Babel ou Esperanto Universal?*, in *Direito Penal e Política Criminal No Terceiro Milênio Perspectivas e Tendências*, Org. Fabio D`Avilla, Atas do Congresso Internacional – Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio Humboldt-Kolleg in Strafrecht VIII Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais, 8 e 9 de junho de 2009, Edipucrs, Porto Alegre, 2011.

COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra Editora: Coimbra, 2000.

COSTA, José de Faria. O personalismo patrimonial e a contaminação do direito penal, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra Editora, Ano 139º, Nº 3960, Janeiro – Fevereiro de 2010.

COSTA, José de Faria. Reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje in *Direito Penal e Globalização, Reflexões não locais e pouco globais*. Coimbra Editora, 2010.

COSTA, José de Faria. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico, Notas a propósito do Colóquio preparatório da AIDP, Freiburg, setembro de 1982, in *Temas de Direito Penal Econômico*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

COSTA, José de Faria. Prelúdio e variações sobre o direito penal. In: *Livro de Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld (Direito Penal - fundamentos dogmáticos e político-criminais)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

COSTA, José de Faria. A globalização e o direito penal (ou o tributo da consonância ao elogio da incompletude. In *Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Studia Iuridica*. Nº 73. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

COSTA, José de Faria. *A caução de bem viver. Um subsídio para o estudo da evolução da prevenção criminal*. Dissertação para exame do Curso de pós-graduação em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Faculdade de Direito, 1980. Sep. de: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Suplemento*, Coimbra, Vol. 21, 1974, publ. 1980.

COSTA, Jose de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou o *plaidoyer* por um direito penal não securitário. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da Silva. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – Visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COSTA, José de Faria. A Europa e a narrativa penal, in: *Studia Iuridica. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. V, BFD, Coimbra, 2012.

COSTA, José de Faria. Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje. In *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Ano 139, N.º 3958, Set.-Out., 2009.

COSTA, José de Faria. *As Linhas Rectas do Direito*, Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2007.

COSTA, José de Faria. As relações entre o Ministério Público e a Polícia: a experiência portuguesa. In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, vol. 70, 1994, publ. 1996.

COSTA, José de Faria. As teorias da anomia e da subcultura. In: *Ciências criminais. Sumários das lições proferidas ao Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito*. Coimbra, 1976.

COSTA, José de Faria. As teorias do conflito de cultura e de associação diferencial. In: *Ciências criminais. Sumários das lições proferidas ao Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito*. Coimbra, 1976.

COSTA, José de Faria. *Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objectiva no direito penal português*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1981. Sep. de:

*Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Número especial: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, Coimbra, 1983.

COSTA, José de Faria. *Breve panorâmica do funcionamento dos sistemas nacionais de proteção dos direitos humanos nos países de língua oficial portuguesa*. Seminário Internacional sobre o Estabelecimento de Instituições Nacionais dos Direitos Humanos (INDH) em conformidade com os Princípios de Paris, realizado, nos dias 23 e 24 de Outubro, em Luanda., p. 1, disponível em [http://josedefariacosta.webs.com/Luanda\\_24\\_de\\_outubro\\_Breve\\_Panoramica\\_do\\_funcionamento\\_dos\\_sistemas\\_nacionais\\_de\\_protecao\\_dos\\_direitos\\_humanos\\_nos\\_paises\\_de\\_lingu\\_a\\_oficial\\_portug.pdf](http://josedefariacosta.webs.com/Luanda_24_de_outubro_Breve_Panoramica_do_funcionamento_dos_sistemas_nacionais_de_protecao_dos_direitos_humanos_nos_paises_de_lingu_a_oficial_portug.pdf), com visita em 16 de março de 2016.

COSTA, José de Faria. *Breves reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 207-B/75 e o direito penal económico*. Sep. de: *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, Ano 2, 1976.

COSTA, José de Faria. *Causality and Reasoning*. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra 2012, Volume LXXXVIII.

COSTA, José de Faria. Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema? In *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Ano 134, N.º 3933, Abril 2002.

COSTA, José de Faria. *Comparative Counter-Terrorism Law*, Relatório português, Edição: Kent Roach, Cambridge, 2015.

COSTA, José de Faria. *Direito penal especial (Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

COSTA, José de Faria. Em redor do *nomos* (ou a procura de um novo *nomos* para o nosso tempo. In: *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Organizadores: António José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 77.

COSTA, José de Faria. Ilícito-típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial). In *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Ano 12, 1, 2002.

COSTA, José de Faria. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

COSTA, José de Faria. Memorandum Tópico para uma Apreciação Racional dos Problemas Suscitados pelo Chamado "Novo Acordo Ortográfico", In *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra 2012, Volume LXXXVIII.

COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*. Introdução. *A Doutrina Geral da Infracção*, 3ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

COSTA, José de Faria. O Direito Penal e a Ciência: as metáforas possíveis no seio de relações "perigosas", In: *Studi in Onore di Giorgio Marinucci*, I: *Teoria del Diritto Penale*,

*Criminologia e Politica Criminale*, a cura di Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero, Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Penale e Processuale Penale, 37, Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 197.

COSTA, José de Faria. *O direito penal e o tempo (Algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição)*. [s.l.]: Servicio de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 2002. Separata de: *Dereito. Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 11. N. 1, 2002.

COSTA, José de Faria. O direito penal económico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude. In: *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, José de Faria. O direito, a justiça e a terceira pessoa, In: *O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito*, Coimbra, Maio de 2008.

COSTA, José de Faria. O fenómeno da globalização e o direito penal económico. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

COSTA, José de Faria. O papel da Universidade na formação dos magistrados. *Revista do Ministério Público*, Ano 21, N.º 82, Abr./Jun. 2000.

COSTA, José de Faria. O princípio da igualdade, o direito penal e a Constituição, In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, nº 100, Jan.-Fev. 2013.

COSTA, José de Faria. O princípio da territorialidade: entre Portugal e o Brasil, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Ano 137, N.º 3950, MaiO-Jun. 2008.

COSTA, José de Faria. Os códigos e a mesmidade: o Código de Processo Penal de 1987, in: *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

COSTA, José de Faria. Poder e Direito Penal – Atribuições em torno da liberdade e da segurança, In: *Reflexões. Revista Científica da Universidade Lusófona do Porto*, Ano 1, n.º 1, 2006.

COSTA, José de Faria. Relações entre a Parte Especial e a Parte Geral do Código Penal. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol. 71, 1995, publ.1997.

COSTA, José de Faria. Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal, In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Ano 142, N.º 3978, Jan.-Fev. 2013.

COSTA, José de Faria. *Temas de Direito Penal Económico (Coord.)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

COSTA, José de Faria. Um olhar doloroso sobre o direito penal (*ou o encontro inescapável do homo dolens, enquanto corpopróprio, com o direito penal*). In: *Mal, Símbolo e Justiça* (coordenação de Maria Luísa Portocarrero), Coimbra: Faculdade de Letras, 2001.

COSTA, José de Faria. Um olhar sobre as últimas reformas, em Portugal, no âmbito da legislação penal, In: *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*, coordenada por José Luis Diéz Ripollés e Octavio García Pérez, Madrid: Edisofer S.L., 2008.

COSTA, José de Faria. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. In *Ars Iudicandi : estudos de homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Coimbra : Coimbra Editora, 2008.

COSTA, José de Faria. *O branqueamento de Capitais – Algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal*. Direito Penal Económico e Europeu: textos Doutrinários. Coimbra: Editora Coimbra, 1999.

*Court, Plenary, Case of Soering v. The United Kingdom, Application no. 14038/88, Judgment Strasbourg, 07 July 1989, January 23*, disponível no sítio <http://www.ilsa.org/jessup/jessup09/basicmats/soering.pdf>, visitado em 21 de outubro de 2011, às 21:00 hs.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, As reformas parciais do código de processo penal e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo, *In Boletim IBCcrim*, São Paulo, n. 188, julho de 2008.

CRESPO, Eduardo Demetrio, *Sobre La armonización de lãs sanciones em La Unión Europea*, Revista Penal n. 16, Universidad de Huelva, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José, *Direito Romano Moderno: Introdução ao Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1980.

CRUZ, P. *Comparative Law in a Changing World*. Cavendish, London, 1999.

CRYER, Robert. *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*. Cambridge University Press, 2005.

CUNHA RODRIGUES, José Narciso da. Direito Comunitário e transdisciplinaridade. O papel do Juiz Comunitário. *in RPCC*, Ano 12, nº. 1, 2002.

CUNHA RODRIGUES, José Narciso da. Os senhores do crime. *RPCC9*, 1999.

CUNHA RODRIGUES, José Narciso da, Que futuro para o processo penal na Europa?, in: *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.



CUNHA RODRIGUES, José Narciso da, Sobre o Princípio da Igualdade de Armas, *in Revista Portuguesa de Direito Criminal*, Ano I, Fase. 1, Janeiro-Março 1991.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. *A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais*. In Boletim IBCCRIM, ano 7, n.º 79, 1999, p. 3-4.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. A crise da modernidade e as suas consequências no paradigma penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 8, n. 98, p. Encarte AIDP, jan. 2001.

D'ÁVILLA, Fábio Roberto, Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências, *In Atas do Congresso Internacional - Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio –Humboldt Kolleg in Strafrecht*, VIII Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais, 08 e 09 de junho de 2009, EdiPUCRS, Porto Alegre, 2011.

D'ÁVILLA, Fábio Roberto, Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 71, dez.-jan. 2012.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, Studia Iuridica, 2005.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DUARTE D'ALMEIDA, Luis. Direito Penal e Direito Comunitário - O Ordenamento Comunitário e os Sistemas Juscriminais dos Estados-Membro, Almeida, 2001.

DAINOW, Joseph. *The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison*. 15 Am. J. Comp. L. 1967.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAMASKA, Mirjan. *Negotiated Justice in International Courts*, 2 JICJ, 2004.

DAMASKA, Mirjan. *Presentation of Evidence and Fact Finding Precision*. 123 University of Pennsylvania Law Review 1083,1975.

DANTAS, Ivo. Direito Constitucional Comparado, vol. 1, Teoria do Direito Comparado, editora Renovar, 2ª edição, 2006.

DANTAS, Ivo. Direito Comparado como Ciência. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 134, abr-jun 1997.

DAVID HUME, *An enquiry concerning human understanding*. Ed. L.A. Selby-Bigge. Oxford, 1975, p.12.

DAVID, René; DE VRIES, Henry P. *The French Legal System: An Introduction to Civil Law Systems*, Oceana Publications, New York, 1958, p. 53, 117, 119.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Martins Fontes, São Paulo, 2002.

DAVID, René. *The international unification of private Law international Encyclopedia of Comparative Law*, Nova Iorque, 1969.

DAVID, René. *O direito inglês*. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DE GIORGI, Raffaeli. *Direito, Tempo e Memória*. Trad. de Guilherme Leite Gonçalves, Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2006.

DE LUCA, Giuseppe. *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. ano. 35. p. 1261. Milano: Giuffrè, ott.-dic. 1992, p. 1261.

DEL VECCHIO, Giorgio, *Mutabilité et éternité Du droit, em Arquivos de Philosophie Du Droit et Sociologie Juridique*, Ecueil Sirey, Paris, 1957.

DELGADO, Isabel Lirola. *La Corte Penal Internacional: justitia versus impunidad*, RIPS. Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas, vol. 1, núm. 2, Universidade de San Tiago de Compostela, 1999.

DELMAS MARTY, Mireille, *Del Derecho Penal a la Política Criminal*, en ILANUD, *Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del delito y El tratamiento del delincuente*, Año 11, Nº 26, Bs. As., 2002.

DELMAS-MARTY, M. *Le relatif et l'universel*, Paris, 2004.

DELMAS-MARTY, M. "Verso un Dirilto penale comune europeo": *Rivista Italiana di Dirilto e Procedura Penale*, 1 997, 2.

DELMAS-MARTY, Mireille - O Direito Penal como ética da mundializaçã, In Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra Editora Limitada, Ano 14 (2004), n.º 3.

DELMAS-MARTY, Mireille, "European Criminal Procedures", Cambridge University Press, 2002, p. 5, disponível em <http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam041/2002073784.pdf>, visitado em 18 de julho de 2013, às 9 hs.

DELMAS-MARTY, Mireille, A caminho de um modelo europeu de processo penal, in Revista portuguesa de ciência criminal, ano 9, n. 2, Abr.-Jun., 1999.

DELMAS-MARTY, Mireille, *Comparative Criminal Law as a Necessary Tool for the Application of International Criminal Law, The Oxford Companion to International Criminal Justice*, editor in chief Antonio Cassese, Oxford University Press, New York, 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille, *Corpus Juris*, Econômica, 1997, Paris, p. 29.

DELMAS-MARTY, Mireille, Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores?, in CASSESE, Antônio, Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça Penal Internacional? São Paulo: Manole, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille, Por um direito comum (tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille, Processos Penais da Europa, tradução Fauzi Hassan Choukr, Lumen Juris editora, Rio de Janeiro, 2005, p. XII.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2004.

DERRIDA, Jacques. *Force de Loi – Lê Fondement musique de l'autorité*. Paris: Galilée, 1994.

DERRIDA, Jacques, *Gesetzeskraft der mystische Grund der Autoritat*, Frankfurt A. M., Suhrkamp, 1991, in Desenvolvimentos atuais das ciencias criminais na Alemanha, Gazeta Jurídica, Brasília, 2013.

DESOUS, G., “*Réflexions sur le regime juridique des crimes contre l’humanité*”, R.S.C.D.P.C., 1984.

DEVLIN, Patrick Baron, *The Judge, Oxford Paperbacks, Publisher, Oxford University Press*, 1979.

DIAS, Augusto Silva, Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito, In M. F. (coord.) Palma, A. S. Dias, & P. d. Mendes, 2º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra: Almedina, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Processual Penal. 1º Vol., Coimbra Editora, 1981.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português, RPCC, 18, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema do direito penal no dealbar do terceiro milênio. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 99, ano 20, São Paulo: RT, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. in ‘O processo penal português: problemas e perspectivas, Que futuro para o direito processual penal?’, p. 805, Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 33. São Paulo: RT, 2001, p. 45, 50.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra editora, 2012, pp. 12, 13, 79.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, I volume, Coimbra Editora, 1987, p. 60

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português - Parte Geral 2 , As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra Editora, 2009, p. 70.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Due diverse incarnazioni del modello accusatorio. In: Il nuovo código di procedura penale visto dall'estero*, Atti Del Seminário di Torino 4-5 maggio 1990. À cura de Mario Chiavario. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O defensor e as declarações do argüido em instrução preparatória. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, a. XVIII, p. 159.226, 1971, p. 182.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O novo código de processo penal. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, nº 369, p. 5-23, 1987.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O sistema sancionatório do direito penal português no contexto dos modelos da política criminal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, nº especial: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, p. 783-825, 1984, v. I.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1983.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do código de processo penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, 1. 8, fasc. 2º, abr-jun 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma reforma global do processo penal português – da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais. *In: Para uma nova justiça penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1983.

DIAS, Jorge de Figueiredo. COSTA ANDRADE, Manuel da Criminologia, *O homem delinqüente e a sociedade criminógena*, Coimbra: Coimbra Ed., 1984.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

DIAS, Silva. De que direito penal precisamos nós europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um direito penal comunitário, in *RPCC*, Ano 14, nº. 3, Julho-Setembro 2004.

DIETERRICH, Heinz. *La Sociedad Global: Educación, Mercado y democracia*, México: Joaquín Mortiz, 1996.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Direito Internacional Público, 2.<sup>a</sup> Edição, Tradução de Vítor Marques Coelho, Fundação Calouste Gulbenkiana, págs. 207-208.

DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas do Direito*, Saraiva, São Paulo, 6<sup>a</sup> edição, 2000.

DIONISIO Anzilotti. "Il Diritto Internazionale nel Giudizi Interni", in *Schitti di Diritto Internazionale*, vol I, 1956.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha de Bens Jurídicos, in *Revista Portuguesa de Ciências Criminais* 4, 1994.

DOMINGO, María Belén Sánchez, *La armonización legislativa en la orden de detención y procedimiento de entrega*, *Revista Penal*, n.º 24, julho 2009.

DONELLY, Jack, *International Human Rights*. Boulder, Westview Press, 1993.

DONELLY, Jack, *Realism and International Relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

DONINI, Máximo. Escenarios del Derecho Penal en Europa a principios del siglo XXI. In: SILVA SÁNCHEZ, J. M. Política Criminal y nuevo Derecho Penal, Libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona: Bosch, 1997.

DOYLE, Michael, "Kant, Liberal Legacies, and Foreign Affairs, Part I," *Philosophy and Public Affairs*, vol. 12, no. 3, 1983.

DUXBURY, Neil. *The nature and the authority of precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald, *Uma questão de princípios*. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, Coleção Direito e Justiça, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: M. Fontes, 2003.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. In: MORRIS, Clarence (Org), *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 459

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

ELVER, Hilel. 'Transplantation of Law from West to the East: The Case of Turkey'. Paper presented at the annual meeting of the The Law and Society Association, Renaissance Hotel, Chicago, Illinois, May 27, 2004.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 10ª edição, 2008.

ERICH Triepel. *Traité International et Loi Interne*, In *Mélanges Gilbert Gilde*, 1963.

ESER, Albin; SIEBER, Ulric; KREICKER, Helmut. *National Prosecution of International Crimes - Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, Volume 5, USA, Silverman, Berlin, 2005.

ESER, Albin; BURKHARDT, Bjorn. *Derecho penal*. Trad. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Colex, 1995.

ESKRIDGE, W. N. e FRICKEY, P. P., 'Statutory Interpretation as Practical Reasoning', *42 Stan. L. Rev.*, 1990.

ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts - Princípio e Norma na Formação Judicial do Direito Privado -*, Tubinern, Mohr, 1964; FOX, R. W., *The Judicial Contribution*, em A.E.S. Kay E Kamenka Eds, Sidney, 1980.

ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972.

EWALD, William. *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, Disponível em:  
[http://apps.osgoode.yorku.ca/Quickplace/jinyanli/PageLibrary852577C100504974.nsf/0/CBAA19F7D86D345C852577C100506B22/\\$file/the%20logic%20of%20legal%20transplants.pdf](http://apps.osgoode.yorku.ca/Quickplace/jinyanli/PageLibrary852577C100504974.nsf/0/CBAA19F7D86D345C852577C100506B22/$file/the%20logic%20of%20legal%20transplants.pdf). Acesso em 12/08/2015.

FAIRGRIEVE, Duncan. *Using Comparative Law before the Courts*, Disponível em:  
[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/conference/compadmin14\\_fairgrieve.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/conference/compadmin14_fairgrieve.pdf). Acesso em 05 de agosto de 2015.

FALCÃO, Raimundo Bezerra, *Hermenêutica*, Malheiros editora, São Paulo, 1997.

FARIA, José Eduardo (org), *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*, São Paulo: Malheiros, 1996.

FAUCONNET, Paul. *La Responsabilité*. Paris, 1920.

FEELEY, Malcom M., *The Bench, The Bar, and the State: Judicial Independence in Japan and in United States*, in Malcom M. Feeley and Setsuo Miyazawa eds., *The Japanese Adversary System in Context*, Besingstoke, Macmillan, 2002.

FERNANDES, David Augusto, *Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho*, 2006.

FERNANDES, Fernando, *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*, Editora: Almedina Tema: Direito Penal Ano: 2001.

FERNÁNDEZ, Enrique Gacto, *Manual Básico de História del Derecho*, Madrid: Laxes, S. L. Fotocomposición. Ediciones. 1997.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARI, Giuseppe Franco, *La comparazione giuridica nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d'America*, In: FERRARI, Giuseppe Franco; GAMBARO, Antonio (Orgs.). *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. *Poder Constituinte*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Introdução ao Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 1998.

FERREIRA MONTE, Mário. Da autonomia constitucional do direito penal nacional à necessidade de um direito penal europeu. In: OLIVEIRA, António Cândido, Estudos em comemoração do 10º aniversário da licenciatura em direito da universidade do Minho, Coimbra: Almedina, 2004.

FERRER LLORET, J., *La aplicación de la práctica reciente*, Revista del I.I.D.H., 1998, vol. 27.

FERSTENBERT, J., *L'Application du Droit Communautaire et La Situation Constitutionnelle Du Jude National*, *Revue Trimestrielle de Dorit Européen*, Paris, v. 1, 1979.

FETSCHER, Iring, *La Ilustración em Francia: La Enciclopédia, Montesquieu, Rosseau, em Fernando Vallespín*, *Historia de La teoria política*, vol. III, Alianza Editorial, Madrid, 1991.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, tradução de Eugênio Raúl Zaffaroni e Irmã Hagemeyer, 2ª edição, Buenos Aires: Hamurabi, 1989.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

- FISH, Stanley. *Is There a Text in This Class?, The Authority of Interpretive Communities*, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts London, England, 1989.
- FLETCHER, George P; OHLIN, Jens David, *Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case*, 3 J. Int'l Crim. L. 539, 2005.
- FLETCHER, George P., *Comparative Law as a Subversive Discipline*, 46 Am. J. Com. L., 1998.
- FLETCHER, George P., OHLIN, Jens David, "The ICC—Two Courts in One?", 2006, *Cornell Law Faculty Publication, Published in: Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, no. 3, July 2006.
- FLETCHER, George P., *The Fall and Rise of Criminal Theory*, 1 BUFF. CRIM. L. REV. 275, 1998.
- FLETCHER, George P., *The Influence of the Common Law and Civil Law Traditions on the International Criminal Law, The Oxford Companion to International Criminal Justice*, editor in chief Antonio Cassese, Oxford University Press, New York, 2009.
- FLORE, Daniel, *L'mandat d'arrêt européen: première mise em oeuvre d'un nouveaux paradigme de La justice pénale européenne*, *Journal dès tribunaux*, 121 anne, n. 6050, abril de 2002.
- FLORE, Daniel, *Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité, La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Edition de l'Université de Bruxelles, 2001.
- FOFFANI, I. "Criminalidad organizada y criminalidad económica", en *Revista Penal*, nº 7, enero 2001.
- FORSYTH, Anthony. *The Transplantability Debate in Comparative Law and Comparative Labour Law: Implications for Australian Borrowing from European Labour Law*, Centre for Employment and Labour Relations Law The University of Melbourne, Working Paper no. 38, June 2006.
- FOSTER, Nigel G. *German Law and Legal System, Deutsches Recht und Deutsches Rechtssystem*, Blackstone Press Ltd., London 1993.
- FOURMENT, François, *Procédure penale*, Orléans, Paradigme, 2003, p. 59, 61-63 e 96.
- FRAGOSO, Heleno, Relatório apresentado ao colóquio realizado pelo *Max Planck Intitut fur ausländisches und internationale Strafrecht, Freiburg im Breisgau*, in *Revista de Direito Penal*, n. 24, editora Forense, Rio de Janeiro, 1979.
- FRANCIONI, Francesco, *International Law as a Common Language for National Courts*, in *Texas Internatinal Law Journal*, Vol. 36.



FRANCK, Thomas M., *Community Based on Autonomy*, Columbia Journal of Transnational Law, n. 36, 1997.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e Criminalidade dos Poderosos, in Temas de Direito Penal Econômico, PODVAL, Roberto, org. São Paulo: Ed. RT, 2000.

FRANCO, Alberto Silva. Prefácio. In BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: RT, 2002.

FRANKENBERG, Günter, 'Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law' (1985) 26 *Harvard International Law Journal* 411, especially 442–3.

FRASE, Richard S. e WEIGEND, Thomas, *German Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: Similar Problems, Better Solutions?*, Boston College International and Comparative Law Review, Vol. XVIII, No.2 18 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 317 1995.

FREDERICO MARQUES, José, nas suas anotações à obra de Pimenta Bueno, José Antonio "Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro", anotada e atualizada por. SP, RT, 1959.

FREEMAN, Michael, Direitos Humanos Universais e Particularidades Nacionais, Seminário de Direitos humanos no século XXI, 10 e 11 de setembro de 1998, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Fundação Alexandre Gusmão, Rio de Janeiro. Disponível em [http://www.nevusp.org/downloads/down182\\_1.pdf](http://www.nevusp.org/downloads/down182_1.pdf). Visitado em 02 de maio de 2012, às 19 hs.

FRIEDMAN, Lawrence M. *Is there a Modern Legal Culture?*, Ratio Juris, Volume 7, Issue 2, 1994.

FRIEDMAN, Lawrence, *Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants* in David Nelken and Johannes Feest (eds), *Adapting Legal Cultures*, 2001.

FRONZA, Emanuela; MALARINO, Ezequiel. *L'effet harmonisateur du Statut de la Cour pénale internationale*, in: M. Delmas-Marty/ M. Pieth/ U. Sieber (eds), *Les chemins de l'harmonisation pénale*, 2008, n. n. 135.

FULLER, A sistemática das partes contrárias, in Aspectos do direito americano, Rio de Janeiro, Forense, 1963.

FULLER, Lon. "Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart", 71 *Harvard Law Review*, 1958.

FUNK, T. Markus, *Mutual Legal Assistance Treaties and Letters Rogatory: A Guide for Judges*, Federal Judicial Center International Litigation Guide, 2014.

FUNKEN, Katja. *The best of both worlds – the trend towards convergence of the civil law and the common law system*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=476461>. Acesso em: 12 de março de 2013.

GADAMER, Hans-Goeorg. Verdade e Método I. traduzido por Flávio Paulo Meurer. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GAETA, Paola. *'To Be (Present) or Not To Be (Present) - Trials in Absentia before the Special Tribunal for Lebanon'*. 5 JICJ, 2007.

GAIER, Reinhard. A Execução das Decisões na Jurisdição Constitucional, Tradução de Márcio Flávio Mafra Leal, no original: *Die Vollstreckung Verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, 7 a 9 de outubro de 2010 / Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; Coordenação científica Márcio Flávio Mafra Leal – Brasília: CJF, 2010, p. 81 (tradução) e 192 (original).

GAJA, Giorgio. *Jus Cogens beyond the Vienna Convention. Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, III, 1981.

GALLO, Paolo. *Grandi Sistemi Giuridici*. Torino, Giappichelli, 1997.

GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França – cultura jurídica francesa e common law e uma perspectiva comparada*. Trad. De Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCÍA ARÁN, M. *El principio de Justicia Universal en la L.O. del Poder Judicial español, en M. Garcia Arán y D. López Garrido (coords.), Crimen Internacional y Jurisdicción Universal, El Caso Pinochet*. Valencia, 2000.

GAROUPA, Nuno; OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz. *Stare Decisis and Certiorari Arrive to Brazil: A Comparative Law and Economics Approach*, Disponível em: <http://law.emory.edu/eilr/content/volume-26/issue-2/recent-developments/stare-decisis-and-certiorari-arrive-to-brazil.html>. Acesso em: 06 de agosto de 2015.

GASPAR, Henrique da Silva. O Processo Equitativo no Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o Processo Penal de Macau, in *Revista Jurídica de Macau*, 1997, Volume IV, N.º 1.

GAUDEMET, Jean. *L'interprétation des lois et des actes juridiques dans le monde antique*. RIDA, 1970

GÉNY, François, *Methode d'interpretation et sources en droit prive positif: essai critique*, Imprensa: Paris, Lgdj, 1995.

GENZMER, *Il Diritto Romano come Fattore della Civiltà Europea, in Conferenze Romanistiche (Università degli Studi di Trieste), Milano, 1960*.

GIACOMOLI, Nereu José. *Reforma do processo penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

GIBSON, James L; CALDEIRA, Gregory A. *The Legal Cultures of Europe, Law & Society Review* 30, ,1996.

GLOBKE, Christina, *Limits to International Cooperation in criminal Matters Under the german Consitution*, 5 NUJS Law Review 189, p. 1, 2012.

GOFF, Robert, Judge, *Jurist and Legislature*, 2 Denning L. J., 1987.

GOLDMAN,R., *International Law & Amnesty Laws*, H.R.I.R., Winter 1988, Vol. 12.

GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Penal*, Belo Horizonte, Líder, 2002.

GOLDSTEIN, Abraham S. *Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Procedure*, *Stanford Law Review* 09, 1974.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães, Significados da presunção de inocência. In: COSTA, José de Faria et alli (coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GOMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El proceso penal aleman*, Introducción y normas básicas, Barcelona: Bosch, 1985.

GÓMEZ, María Isabel Garrido, *La utilidad del iuscomparatismo en la armonización de los sistemas jurídicos*, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Vol. 36, Nº 108, México, diciembre de 2003.

GONÇALVES, Joannisval Brito. *Tribunal de Nuremberg: 1945-1946*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GOODHART, Arthur L. *Precedent in English and Constitutional Law*. *Law Quarterly View*, vol. 50, 1934, p. 40

GÖSSEL, Karl-Heinz. A posição do defensor no processo penal de um estado de direito. Trad. Nabela Maria Miranda Rodrigues. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LIX, 1983.

GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federativa da Alemanha, in RPCC, Coimbra, n. 02, 1992.

GÖSSEL, Karl-Heinz. *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*, Obras completas, 2007.

GÖSSEL, Karl-Heinz. *Reflexiones sobre la importância del principio de legalidad en el procedimiento penal del Estado de Derecho*, trad. de Katrin Lemberg, em NFP Nº 23, Bogotá, Temis, 1984.

GSTOHL, Caroline, *Geheimnisschutz im Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen* - Proteção de segredos no processo de assistência jurídica internacional em matéria penal, Berner Diss., Bern 2008, pág.102.

- GOUGH, J. W., *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford, 1955.
- GRAMAJO, Juan Manuel. *El estatuto de La corte penal internacional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2003.
- GRASSO, Giovanni, *La formazioni di um diritto penale dell'Unione Europea, Prospettive di un diritto penale europeu, Atti del seminario organizzato del Centro di diritto penale europeo Catania*, março de 1997, Catania, Dott. A. Giuffré Editore, 1997.
- GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional - estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, Malheiros Editores, 2001.
- GRECO, Luís. Bernd Shunemann, penalista e professor. In SCHUNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pond, 2013.
- GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições – Uma figura sui generis*. São Paulo: Dialética, 2000.
- GREEN, Edward. *The Effect of Stimulus Arrangements on Normative Judgment in Award of Penal Sanctions*, 31 *Sociometry*, 1968.
- GREENWOOD et all. *The Criminal Investigation Process, A Summary Police Analysis*, cf. Rico, José M<sup>a</sup>; Salas, Luis. *Inseguridad ciudadana y policia*. Madrid: Tecnos, 1988.
- GREPPI, Edoardo. *The evolution of individual criminal responsibility under International Law*, *International Law Review*, n. 835, p. 531-553, 1999.
- GREVE, Vagn, *European Criminal Policy: Towards Universal Laws?*, in: Jareborg (Coord.), *Towards Universal Law, Trends in national, European and international lawmaking*, Uppsala, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A problemática dos interesses difusos. A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1984.
- GROSSFELD, Bernhard, *The Strength and Weakness of Comparative Law*, 1990.
- GROSSO, lo Studio Del Diritto Romano, in *Premesse Generali al Corso di Diritto Romano*, 4 ed.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GUILAUME, Gilbert, *La competence universelle, formes anciennes et nouvelles*, in *Melanges Offerts a georges Levasseur Droit Penal, Droit Europeen*, 1992.
- GUSTAV Adolf Walz. "Les Rapports du Droit International et du Droit Interne", in *RDC*, 1937, Vol. III, T. 61.

GUTTERIDGE, H.G. *El Derecho Comparado – Introducción al método comparativo em la investigación y em el estudio del derecho*, Barcelona, Instituto de Derecho Comparado, 1954.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*”. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

HÄBERLE, Peter. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano. Trad. Héctor Fix-Fierro. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 2003.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HARBELE, Peter, “*Funktion und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive*” - Função e significado dos Tribunais Constitucionais em uma Perspectiva Comparativa-, in *EuGRZ* nº 22-23, 2005.

HARBELE, Peter, *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken*, em tradução livre: Teoria Constitucional Democrática à Luz do Pensamento Jurídico, in: *Die Verfassung des Pluralismus, Königstein/TS*, 1980, p.4.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jurgen. *Greer y saber EL futuro de la natureza humana*, Paidós, 2002.

HABERMAS, Jurgen. O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização, Tradução de Antônio Sérgio Rocha, In: *Novos estudos*, CEBRAP. N. 43, nov. 1995.

HAMPSTEAD, Lord Lloyd of, *Introduction to jurisprudence*, 3. Ed.. Londres, 1972.

HARHOFF, Frederick. *International Cooperation and Judicial Assistance*, in LEE, R. (eds), *The International Criminal Court: elements of crimes and rules of procedure and evidence*, 2001.

HART, Herbert L. A., *Positivism and the separation of law and morals*, in *Harvard Law Review*, n. 71, 1958.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1991.

HART, L.A., O conceito de Direito, 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HARTTLIEF, T. ‘*Towards a European Private Law? A Review Essay*’, 1994, 1 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 166.

- Harvard Research Project on Criminal Jurisdiction*, 29 AM. J. INT'L L. 435, Supp. 1935.
- HASSEMER, Wilfried. *Perspectivas de uma moderna ciência criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 8, out. 1994.
- HASSEMER, Winfred. CONDE, Francisco Muñoz, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Ed. Tirant lo blanch. Valência 1989.
- HASSEMER, Winfred. MUÑOZ CONDE, Francisco, “Viejo y nuevo Derecho penal”, en *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- HASSEMER, Winfried. La ciencia jurídico penal em La república federal alemana. Trad. Hernán Hormazábal Malarée. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. XLVI, f. I, p. 35-80, ene./abr. 1993.
- HASSEMER, Winfried. Derecho penal y filosofía del derecho em La república federal de alemania. Trad. Francisco Muñoz Conde. *Doctrina penal*, Buenos Aires, a. 14, n. 53-54, p. 87-100, ene./jun. 1991.
- HASSEMER, Winfried. História das idéias penais, Associação acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998.
- HASSEMER, Winfried. MUNÖZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1995.
- HASSEMER, Winfried. *Crisis y características Del moderno derecho penal*, Trad. Francisco Muñoz Conde. *Actualidad Penal*, Madrid, n. 43-22, p. 635-646, Nov. 1993.
- HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado*, Barcelona, n° 1, 1991.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*, Casa Editorial Bosh, trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984.
- HASSEMER, Winfried. Introdução aos Fundamentos do Direito Penal, Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva, de Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2.ª edição, 1990, 2005, Porto Alegre: Fabris Editor.
- HASSEMER, Winfried. *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale. Dei delitti e delle pene*, n° 1, ano II, Gennaioaprile, 1984
- HASSEMER, WINFRIED. “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, trad. M. A. Cobos Gómez de Linares, en *Jueces para la Democracia* N° 4, 1988, Madrid, Unigraf S. A., 1988.
- HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUSMANN, A. (Org.). *Einführung in rechtsphilosophie und rechtstheorie der gegenwart*, 1994..

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia: Tirant lo blanch, 1995.

HEGEL, G.W.F., *Lecciones sobre la Historia de la Filosofía*, Tradução de Wenceslao Roces, Vol. III, México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

HEIDEGGER, Martin. *Being and Time*, trad. ingl. J. Macquarrie e E. Robson, Nova York, Harper and Row, 1962.

HEIDEGGER, Martin. Que é isto a filosofia? In. Os pensadores. São Paulo: Abril, 1979.

HEIKKILA, Mikaela, *International Criminal tribunals and Victims of Crime: A Study of the Status of Victims Before International Criminal Tribunals and of Factors Affecting this Status*, Turku, Ins. For human Rights, Abo. Akad. Univ, 2004.

HEINE, La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro. In ESER; HASSEMER. *La Ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia:Tirant lo Blanch, 2004.

HEINZE, Alexander. *International criminal procedure and disclosure: an attempt to better understand and regulate disclosure and communication at the ICC on the basis of a comprehensive and comparative theory of criminal procedure*, **Series: Beiträge zum Internationalen und Europäischen Strafrecht = Studies in international and european criminal law and procedure** Berlin : Duncker & Humblot, 2014.

HELD, David. *La democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997.

HELENA COSTA, Regina. Conceitos Jurídicos indeterminados e discricionariade administrativa, Revista de Direito Público, São Paulo, v. 23, n. 95, Julho-Setembro, 1990.

HENRICH Triepel. "Les Rappports entre les Droit Interne et le Droit International", in *RDC*, 1923, T. I.

HERMAN, S. 'The Fate and the Future of Codification in America', 40 *Am. J. Legal Hist.* 1996.

HERMANN, JOACHIM. "Various Models of Criminal Proceedings, *South African Journal of Criminal Law and Criminology* 2, no. 1, 1978.

HESPANHA, António Manuel. *A História do Direito na História Social*, Livros Horizonte, 1978.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia. Síntese de Um Milênio*. 3 edição, Portugal: Publicações Europa-América, 2003.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*, Fórum da história,Publicações Europa-América, 1997.

HESS, Henner. *Die Zukunft des Verbrechens*, in: *Kritische Justiz*, Jahrgang 31, Heft 2/ 1998.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HEYDER, Corrina, *The U.N. Security Council's Referral of the Crimes in Darfur to the International Criminal Court in Light of U.S. Opposition to the Court: Implications for the International Criminal Court's Functions and Status*, 24 *Berkeley J. Int'l Law*. 2006.

HEYNS, Christof; PADILLA, David e ZWAAK, Leo, *Comparação Esquemática dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos: uma atualização*, *African Human Rights Journal*, vol. 5, 2005.

HILL, Jonathan, 'Comparative Law, Law Reform and Legal Theory' (1989) 9 *Oxford Journal of Legal Studies* 101.

HIRSCH, Hans Joachim. *Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal y procesal penal en la Unión Europea*, en AA. VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ediciones del puerto, Bs. As., 2005.

HOBSBAWN, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX*, São Paulo, Companhia das Letras, 1995.

HOFFE, Otfried. *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung - A Democracia na Era da Globalização* -, C. H. Beck, 1999.

HOGARTH, J. *Sentencing as a human process*, Canada: *University of Toronto Press in association with the Centre of Criminology*, 1971.

HOLMES JR. Oliver Wendell. *The Essential Holmes*. Chicago: Chicago University Press, 1992.

HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*, As Origens do Direito Anglo-Americano, Tradução de J.L. Melo, de Janeiro, 1963.

HOLMES, Oliver Wendell. *The Theory of Legal Interpretation*, 12 *Harvard Law Review*, 1899.

HOMMEL, Carl Ferdinand. *Corpus Iuris Civilis - Primary Source Edition*. New York: Nabu Press, 2014.

HOYER, H. 'Die Selbstbindung des österreichischen Obersten Gerichtshofes' - A auto-vinculação do Supremo Tribunal austríaco, *Österreichische Juristenzeitung*, 1974.

HULSMAN, Louk, CELIS, Jacqueline Bernat, Peines Perdues, *Lê Système Penal en Question*, Paris,: Centurion, 1982.



HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V.1, Rio: Forense, 1949.

*International Journal of Refugee Law*, 03 de outubro de 2009, volume número 21, publicação número 03, p. 453.

*International Law Association, Committee on International Human Rights Law and Practice, Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences, London Conference, 2000, p.2,*

*International Review of Penal Law, The Regionalization of International Criminal Law and Protection of Human Rights in International Cooperation in Criminal Proceedings, Preparatory Colloquium, Section IV, Helsinki, Finlândia, 2-6 de setembro de 1992, Association Internationale de Droit Penale, 65º anée – nouvelle série, 1º e 2º trimestres de 1994, Érès, p. 107-108.*

ISAAC, Guy , *Manual de Derecho Comunitario General*, Barcelona, Ariel, 2000.

JAMES, Philip S., *Introduction to English Law*, Londres, Butterworth, 1989.

JEAN, Pradel; CORSTEN, Geert; VERMEULEN, Gert. *Droit pénal européen*, European Criminal Law, Dalloz: Paris, 2002.

JEAN, Pradel. *General report: International Conference for the 25th anniversary of the International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences, Siracusa, 16 - 20 December 1997*, in: *Comparative Criminal Justice Systems: From Diversity to Rapprochement, International Association of Penal Law, Bordeaux, 1998.*

JEAN, Pradel. *General report: International Conference for the 25th anniversary of the International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences, Siracusa, 16 - 20 December 1997.*

JEAN, Pradel. *Rapport de synthèse des colloques de l'ISISC (Synthesis Report)*, in: *Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes*, Érès: Toulouse, 1998.

JEAN, Pradel. *Transition of Criminal Procedure Systems*, Vol. 2, Editor Berislav Pavišić, Rijeka, 2004.

JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado*, trad. de Fernando de los Rios, México: Fondo de Cultura Economica, 2004.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Il contributo della comparazione Del diritto Allá riforma del processo penale tedesco*. Trad. Francesca Molinari. *Annali della Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Genova*, Milano, a. XIV, 1975.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Il nuovo código de procedura penale italiano visto dalla germania*. In: *Il nuovo código di procedura penale visto dall'estero. Atti Del Seminário di*

Torino 4-5 maggio 1990. A cura di Mario Chiavario. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Nuove prospettive Del diritto penale comparato, europeo e internazionale: quale política criminale per il XXI secolo?*, in *Diritto penale comparato, europeo e Internazionale: prospettive per Il XXI secolo*, Omaggio a Hans-Heirich Jescheck per Il 92.º compleanno, org. Luigi Foffani, Milano: Giuffrè, 2006.

JESSBERGER, Florian. *International v. Nacional Prosecution of International Crimes, The Oxford Companion to International Criminal Justice*, editor in chief Antonio Cassese, Oxford University Press, New York, 2009, p. 208-211, 214-215.

JIMENEZ, Martha Lucia Olivar. “*La compresión del concepto de derecho comunitário para una verdadera integración en el Cono Sur*”, in *Mercosul – seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados –Membros*”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

JOEL, Rideau. “*Constitution et Droit International dans les États Membres de Communautés Européenes*”, in *Revue Française Droit Constitutionnel*, 1990.

JOHN HENRY, Meeryman; ROGELIO Perez-Perdomo. *The civil law tradition, an Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin American*. Standford: Standfor University, 2007.

JOHN, Rawls. *Political Liberalism* (1993), trad. de Joao Sedas Nunes, O liberalismo político, Lisboa, 1997.

JOLOWICZ, John Anthony,, *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure, in International and Comparative Law Quartely*, Oxford, v. 52, 2003.

JOLOWICZ, John Anthony. A reforma do processo civil ingles: uma derrogação ao adversarial system, in *Revista de Processo*, n. 75, São Paulo, 1999.

JOLOWICZ, John Anthony, *El procedimiento civil en el common law. Aspectos de su evolucion historica en Inglaterra y en los Estados Unidos durante el siglo XX*, in III LXXV años de evolución jurídica en el mundo, 1978.

JÖRG N. “*Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging?*” in Fennell *et al* (eds) *Criminal Justice in Europe. A Comparative Study*, 1995.

JORG, Nice. *Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging?*, in *Criminal Justice in Europe: a Comparative Study*, Phil Fennell et. al eds., 1995.

JOUTSEN, Matti. *The European Union and Cooperation in Criminal Matters: the Search for Balance*, HEUNI Paper n. 25, Helsinki, 2006.

JUAN Carlos Puig. “Derecho de la Comunidad Internacional y Derecho Interno”, in *Estudios de Derecho y Política Internacional*, 1970.

JUNG, Heike, *Maintaining human rights in the process of harmonizing European criminal law in Erling Husabo/Asbjorn Strandbakken* (eds.), *Harmonization of Criminal Law in Europe*, Oxford, 2005.

JUNG, Heike. *Vers um nouveau modèle du procès penal?*, *Réflexions sur les rapports 'la mise en état des affaires pénales'*, Trad. Claude Witz, *Revue de science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 3, 1989.

JUSTE RUIZ, J. “*Crímenes internacionales y justicia universal*”, *EL nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos*, COLOMER VIADEL, A., Coord., 1997.

KAAGAN, Robert A., *American and European Ways of Law: Six Entrenched Differences*, Paper, First European Socio Legal Conference, Onati, Spain, July 6-8, 2005.

KAHN-FREUND, Otto, ‘*On Uses and Misuses of Comparative Law*’, 37 Mod Ed. Rev, 1974.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. tradução Paulo Quintela, Lisboa: Edições, 1988.

KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua*. LPM Books, São Paulo, p. 3, 2002.

KANT, Immanuel. ¿Qué es la ilustración? In: *Filosofia de la historia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

KATZ, Richard S., *Political institutions in United States, Comparative political Institutions*, Oxford University Press, publicado na Oxford University office in New York, 2007.

KAUFMAN, Filosofia do Direito, Trad. [do original alemão de 1997] António. Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

KAWAMOTO, Silvia Reiko. *Breves Apontamentos sobre o Crime Organizado e a Proteção à Testemunha na Itália e nos Estados Unidos*. São Paulo: Revista Justiça Penal n.º 7, Ed. RT.

KELSEN, Hans. *La paz por médio del derecho*, tradução de L. Echàvarri, Madri, 2003.

KELSEN, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Tübingen, Mohr, 1920, trad. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1989.

KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*, 1945.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Editora Martins Fontes, São Paulo, 2006.

KINGSBURY, Benedict, *A Grotian Tradition of Theory and Practice?: Grotius, Law, and Moral Skepticism in the Thought of Hedley Bull*, *Quinnipiac Law Review* n. 17, 1997.

KLAMI, Hannu, *Monism and Dualism in Law. National Versus, International or Supranational Law*, in *Coherence and Conflict in Law*, Bob Brouwer et al. eds., 1992, p. 139; WALZ, G A . "Les Rapports du Droit International et du Droit Interne", in *RDC*, Paris, 1937, vol. III, t. 61.

KLEFFNER, Jann K.; GARRAWAY, Charles. General Report, 'The Compatibility of National Legal Systems with the Statute of the Permanent International Criminal Court (ICC), Part I - Substantive Law', 42 *The Military Law and Law of War Review*, 2003.

KLEFFNER, Jann K. 'The Impact of Complementarity on national Implementation of Substantive International Criminal Law', 1 *Journal of International Criminal Justice*, 2003.

KLEINHEISTERKAMP, Jan. *Development of Comparative Law in Latin America*, in ZIMMERMANN, Reinhard, *The Oxford handbook of Comparative Law*, Oxford, University Press, 2006.

KLIP, André. *The Constitution for Europe and Criminal Law: a step not for enough*, *MJECL* 12, fasc. 2, 2005.

KLUG, Heinz. *Model and Anti-Model: The United States Constitution and The "Rise of World Constitutionalism"*, Disponível em: <https://media.law.wisc.edu/m/5yzcz/model-anti-model-2000.pdf>. Acesso em 05 de agosto de 2015.

KOCH JR, Charles H., *The Advantages of the Civil Law Judicial design as the Model for Emerging Systems*, 11 *Ind. J. Global Legal Studies*, 2004.

KOH, Harold Hongju, *Why Do Nations Obey International Law?*, 106 *YALE Law Journal*, n. 106, 1997.

KOH, Harold Hongju. *Transnational Legal Process*, *Nebraska Law Review*, vol. 75, 1996.

KOHLER, Joseph. *Lehrbuch Der Rechtsphilosophie*, Manual de Filosofia do Direito, 3º ed., W. Rothschild, Berlim, 1923.

KOHLER, Kohler. *Über die Methode der Rechtsvergleichung - Sobre o método de direito comparado*, *Grünhut's Z* 28, 1901.

KOKKOT, Juliane. 'Report on Germany', in A. Slaughter et al. (eds.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, 1998.

KOLB, Robert. *Théorie du jus cogens international. Essai de relecture du concept*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001.

KOLB, Robert., *Does Article 103 of the Charter of the United Nations Apply only to Decisions or also to Authorizations Adopted by the Security Council?*, *ZaöRV*, 2004.

KOLB, Robert., *Jus cogens, intangibilidade, intransgressibilidade, dérogation «positive» et «négative»*, RGDIP, 2005.

KORT, Fred, "Content Analysis of Judicial Opinions and Rules of Law", chapter 6 in Glendon Schubert (ed.), *Judicial Decision-Making*, 1963.

KOSELLECK, Reinhart. "Historia Magistra Vitae". In: *Futuro pasado: para una semántica de los tiempos históricos*, p. 52.

KRALIK, Winfried, *Introduction to the Continental Judicial Organisation and Civil Procedure, Université de Luxembourg internationale des sciences comparées. Faculté internationale de droit comparé*, 1963.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James, *O martelo das feiticeiras*, 20ª ed. Rio de Janeiro, Record, Rosa dos Tempos, 2009.

KRASNER, Stephen D.; PASCUAL, Carlos. *Addressing State Failure*, FOREIGN AFF., July/Aug. 2005.

KRESS, Claus. "Part 9: International Cooperation and Judicial Assistance: Preliminary Remarks", in Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers notes, article by article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999.

KRESS, Claus. LATTANZI, Flavia, *The Rome Statute and Domestic Legal Orders. Volume 1: General Aspects and Constitutional Issues*, Baden-Baden, 2000.

KUHN, Thomas. *A estrutura das Revoluções Científicas*, 6 ed., São Paulo: Perspectiva Ed., 2001.

KUHLEN, Lotha. *El Derecho penal del futuro*, en Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín, *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo.*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 2003, p. 227.

KUHNE, H. H. *Strafprozessrecht - Criminal Procedure Law -*, 5. Aufl., C. F. Müller: Heidelberg, 13 – 37.

KUNZ, Joseph. *The Changing Law of Nations*, Ohio, Ohio State Univ. Press, 1968.

KUTSCHER, Hans. *Methods of Interpretation: As Seen by a Judge at the Court of Justice, Court of Justice of the European Communities, Judicial and Academic Conference*, Sept. 27-28, 1976.

LACERDA, Gabriel. *Nazismo, cinema e direito*, Elsevier, FGV, Rio de Janeiro, 2012.

LAFER, Celso. *Os dilemas da Soberania, In Paradoxos e Possibilidades*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

LANGER, Máximo. *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and Americanization Thesis in Criminal Procedure*, 45 Harv. Int'l L. J., 2004.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, Calouste Gulbenkian, 2005.

LARIZZA, Silvia. *Laicidade e Direito Penal in Direito Penal e Política Criminal No Terceiro Milênio Perspectivas e Tendências*, Org. Fabio D'Avilla, Atas do Congresso Internacional – Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio Humboldt-Kolleg in Strafrecht VIII Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais, 8 e 9 de junho de 2009, Edipucrs, Porto Alegre, 2011, p. 41.

LASLETT, Peter. *Philosophy, Politics and Society*, Oxford, Basil Blackwell, 1956, p. vii) a anunciar, em 1956, “a morte da teoria política”.

LATCHAM, A. “*Duty to Punish: International Law and the Human Rights Policy of Argentina*”, Boston Univ.I.L.J., 1989 (Vol. 7), pp. 355-378.

LAUTERPACHT, Hersch. *The Function of Law in the International Community*, London, Clarendon Press, 1933.

LECOURT, Robert. *L'Europe des Juges*, Bruxelas, Etablissement Emile Bruylant, 1976.

LEGIDO, Angel Sánchez. *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Titant lo Blanch, Valencia, 2004.

LEGRAND, Pierre. ‘*John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue*’, *American Journal of Comparative Law* 3, 1999.

LEGRAND, Pierre. ‘*Legal Traditions in Western Europe: The Limits of Commonality*’ in R Jagtenberg, E Örüciü and A J de Roo (eds), *Transfrontier Mobility of Law*, 1995.

LEGRAND, Pierre. ‘*The Impossibility of “Legal Transplants*, 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997.

LEMOS, Miguel. *O Défice Democrático na União Europeia e o Direito Criminal*, Dissertação de Mestrado, 2007, p. 59 (acessível em <http://fd.uc.pt/ma/doc1.pdf>).

LÉVY-ULLMANN, Henri. *Éléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques, II: Le système juridique de l'Angleterre*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1928.

LEWANDOWISKI, Enrique Ricardo. *O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade*, Estudos Avançados, São Paulo, v. 16, n. 45, maio/ago 2002.

LEWIS, X., ‘*A Common Law Fortress under Attack: Is English Law Being Europeanised?*’, 1995, 2 *Colum. J. Eur. L.*

LEYLAND, Peter. *The Constitution of The United Kingdom*. Portland: Hart Publishing, 2007.

LIKHOVSKI, Assaf. *Argonauts of the Eastern Mediterranean: Legal Transplants and Signaling*, Disponível em: <http://law.huji.ac.il/upload/likhovski.pdf>. Acesso em 05 de agosto de 2015.

LIMA, Alceu Amoroso. *Introdução ao Direito Moderno*, 2ª Ed. Editora Agir, 1967.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 166

LIMA, José Antônio Farah Lopes de, *Constituição Européia e Soberania Nacional*, Editora JH Mizuno, Campinas, 2006.

LIMA, José Antônio Farah Lopes de, *Trans-border evidence matters and joint investigation teams within the European Union*, Dissertação Mestrado em Estudos Jurídicos, Universidade de Cambridge, 2007.

LIMPENS, Jean, *Territorial Expansion of the Code, in The Code Napoleon and the common law world* 92, Bernard Schwartz ed., Greenwood Press 1975.

LINÁN NOGUEIRAS, D. J. *El Derecho Comunitario Europeo y su Aplicación Judicial*, Madrid: Civitas, 1993.

LLORÉNS, Jorge Cardona. *La Corte Penal Internacional y el mantennimiento de la paz y la seguridad internacionales, La Corte Penal Internacional*, Tirant to blanch tratades, Valencia, 2003.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo, trad. De Alex Martins, São Paulo-SP, Ed. Martin Claret, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constituicion*, 4ª reimp. Barcelona, Ariel Derecho, 1986; Luís Sanches Agesta, *Curso de Direito*. Madri, Nacional, 1965.

LOPES JR, Aury. Bom pra quê(m)?, Boletim IBCcrim, São Paulo, n. 188, julho de 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História. Lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LOSANO, Mário G., Os Grandes Sistemas Jurídicos, tradução de Marcela Varejão, 1ª Edição, Martins Fontes, 2007.

LOUIS, Jean – Victor, “*Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho nacional em las Comunidades Europeas*”, revista Derecho de la Integración, v. VI, n.14, Nov/1973.

- LOUIS, Jean-Victor. *El Ordenamiento Jurídico Comunitario*, 5ª Ed., Luxemburgo: Comisión Europea, 1995.
- L'OYSEAU, Charles. *Traicté des Seigneuries*, Paris, 1609.
- LUBAN, David. *A Theory of Crimes Against Humanity*, In *Yale Journal of International Law*, 29, 2004.
- LUBAN, David. *Intervention and Civilization: Some Unhappy Lessons of the Kosovo War, in Global Justice and Transnacional Politics: Essays on the Moral and Political Challenges of Globalization*, 79, 101-07 Pablo de Greiff & Ciaran Cronin eds., 2002.
- LUCKNETT, T. F. T. *A Concise History of the Common Law*, 5 ed. Londres, 1956.
- LUHMAN, Niklas. *Confianza*, Anthopos, México: Universidad Iberoamericana, 1996.
- LUHMANN, Niklas. "La modernidad de la sociedad moderna". In: *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós, 1997.
- LUHMANN, Niklas. The Code of Moral. In *Cardozo Law Review*, vol. 14, n 3-4. Nova York: Cardozo Law School, 1993.
- LUNDMARK, Thomas. *Juristische Technik und Methodik des Common Law - Técnica e Metodologia do Sistema da Common Law-*, LIT Verlag, Münster, 1998.
- LUNDMARK, Thomas. 'Stare decisis in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts' - Stare decisis na jurisprudência do Tribunal Constitucional-, 1999.
- LUPI, André Lipp Basto. *Soberania OMC e Mercosul*, São Paulo: Aduaneiras, 2001.
- MacCORMICK, Neil. *Can stare decisis be abolished?*, *Judicial Review*, 1966.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MacCORMICK, Neil, *Why cases have rationes and what these are*, in *Precedent in Law*, Oxford: Clarendon Press, 1987.
- MACDOWALL, David, *An Illustreted History of Britain*, Harlow, Longman, 1989.
- MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- MACIEL, Adhemar. Apontamentos sobre o Judiciário Americano, em *Informativo Jurídico da Biblioteca Min. Oscar Saraiva*, v.6, n° 1, p. 1-70, jan./jul. 1994.



MACNEILL, William H. *Polyethnicity and Nacional Unity in World History*, University of Toronto Press, 1986.

MADDOX, Graham. "Constitution". In: BALL, Terence; FARR, James; HANSON, Russell. *Political innovation and conceptual change*, pp. 60-61.

MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto, O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: *Rechtsstaat* como referência semântica na memória de Weimar, Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Brasília, agosto de 2007, disponível em [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3525/1/2007\\_PauloSavioNPMaia.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3525/1/2007_PauloSavioNPMaia.pdf), acessado em 12 de janeiro de 2015.

MAIWALD, Manfred. *II processo penale vigente in Germania, Quaderni di procerua penale e diritto processuale comparato*, Messina, a.1, n. 1, 1992.

MALANCZUK, P., *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, 1997.

MALBERG, Mélanges Carré de, *L'Esprit des lois et la separation des pouvoirs*, Sirey, Paris, 1933.

MANCINI, Federico. *Democracy and the European Court of Justice*. In: MANCINI, Federico. *Democracy and Constitutionalism in the European Union: Collected Essays*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos – Conceito e legitimação para agir*. 5ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.000.

MANES, Vitorio. As Garantias Fundamentais em Matéria Penal, Entre a Constituição e a Convenção Europeia de Direitos do Homem, in *Direito Penal E Política Criminal No Terceiro Milênio Perspectivas E Tendências*, Org. Fabio D'Avilla, Atas do Congresso Internacional – Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio Humboldt-Kolleg in Strafrecht VIII Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais, 8 e 9 de junho de 2009, Edipucrs, Porto Alegre, 2011.

MANGAS MARTÍN, A: "*EI espacio penal y judicial europeo en el marco general del Tratado de la Unión Europeo y la perspectiva de su reforma en 1966*", in SALCEDO VELASCO, A, "*Política común de Justicia e interior en Europa*", Madrid, 1995.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*, São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MARBURY v. MADISON. Disponível em: <http://www.landmarkcases.org/marbury/home.html>, acesso em 25 de outubro de 2009.

MARGADANT, Guillermo F. *Panorama de La História Universal Del Derecho*. 6ª edición, México: editorial Porrúa, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo, *In: Estudos de Direito Processual Civil*, Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. *In Cadernos Jurídicos da OAB-PR*, Curitiba, v. 03, p. 1-3, jun. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a Necessidade de respeito aos Precedentes no Brasil, *In Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, 2008.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso de diritto penale*. Milano: Giufrè Editore, 2001.

MARSH, N. S. *Interpretation in a National and International Context*, Brussels, UGA, 1974.

MARSHALL, John. “William Marbury contra James Madison – Sessão de fevereiro de 1803 (I, repertório de Cranch, 137-180)”, *In: Decisões constitucionais de Marshall*, (trad. e organização Américo Lobo), Rio de Janeiro: Imprensa Nacional: 1903.

MARTINEZ, Rosa, Ana Moran. *El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, La ejecución de sanciones pecuniárias y el comiso: lãs decisiones marco in derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, n. 13, 2003.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, relatório sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de Ensino Teórico e Prático, Lisboa, 2005.

MARTINS, Fátima Adélia. “Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal: A Rede Judiciária Europeia (RJE)”, *in Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 100, Out.-Dez. 2007.

MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.

MATUS, Jean Pierre, A Política Criminal dos Tratados Internacionais, in *Direito Penal E Política Criminal No Terceiro Milênio Perspectivas E Tendências*, Org. Fabio D`Avilla, Atas do Congresso Internacional – Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio Humboldt-Kolleg in Strafrecht VIII Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais, 8 e 9 de junho de 2009, Edipucrs, Porto Alegre, 2011.

MATTEI, U. *Comparative Law and Economics*, University of Michigan Press, Michigan, 1997.

MATTEI, Ugo. ‘A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance’, *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 10: Iss. 1, Article 14, Disponível em:

<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1260&context=ijgls>. Acesso em 12/08/2015.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte geral I, - Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible-*, 7ª ed., Buenos Aires, 1994.

MAUROIS, André. *História da Inglaterra*. Trad. de Carlos Domingues. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1959.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira, O Tribunal Penal Internacional Integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional, sítio [http://www.senado.gov.br/web/cegraf/riI/Pdf/pdf\\_164/R164-10.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/riI/Pdf/pdf_164/R164-10.pdf). Acesso em 29 de outubro de 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito brasileiro, Revista de informação legislativa, v. 46, n. 181, jan./mar. 2009.

McCOMARCK, Timothy L. H.; SIMPSON, Gerry J. *The law of war crimes national and international approaches. Kluwer Law International: The Hague/London/Boston*, p. 32.

MCGONIGLE LEYH, Brianne. Procedural Justice? Victim Participation in International Criminal Proceedings, Cambridge et al, Intersentia, 2011.

McGREGOR. L. *State Immunity and Jus Cogens*, 55 ICLQ, 2006.

MCILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo Antíguo y Moderno*. Tradução: Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro : Renovar, 12ª edição, Vol. I, 2.000.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito Internacional da Integração*, Rio de Janeiro: Renovar , 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*, Ed. Saraiva, 4ª edição, São Paulo, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 1998.

MENDES, Gilmar. “Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil”, in *Repositório de doutrina do portal do Supremo Tribunal Federal, disponível no sítio [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda\\_pt\\_br/anexo/menagem\\_a\\_Peter\\_Haberle\\_Pronunciamento\\_3\\_1.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/menagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento_3_1.pdf), visitado em 10 de janeiro de 2015, acessado às 5 h 00 m, p. 7.*

MENDES, Gilmar. *Direitos humanos e integração regional: algumas considerações sobre o aporte dos tribunais constitucionais*, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudotextual/anexo/Brasil.pdf>, visitado em 28 de julho de 2013, às 08 hs, p. 6.

MENDES, Paulo de Sousa. *CEJ – As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra Editora, 2011.

MENDES, Paulo de Souza. *Lições de Direito Processual Penal*, Almeidina, 2013.

MENDES, Paulo de Sousa. «Os novos crimes de recebimento e oferta indevidos de vantagem», *Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 1ª Edição, Abril 2011.

MENON, P.K. *The International Personality of Individuals in International Law: A Broadening of the Traditional Doctrine*, 1 J. TRANSNAT'L L. & POL'Y, 1992.

MERON, Th. “*International Criminalization of Internal Atrocities*”, AJIL, vol. 89, 1995.

MERRYMAN, John Henry e REREZ-PERDOMO, Rogelio Perez-Perdomo, *The civil law tradition, an Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin American*. Standfor: Standfor University, 2007.

MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, tradução de Eduardo L. Suárez, Fondo de Cultua Econômica, México, 1920.

MERRYMAN, John, 'On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law', 1981, 17 *Stanford Journal of International Law*, p. 357.

METTGENBERG/Doerner, *DAG-Kommentar (commentary on the German Extradition Act)*, second edition, 1953.

MICHEL Waelbroeck. "Les Effets Internes des Accords Internationaux Conclus par Communauté Économique Européenne", in *Mélanges Charles Chaumont*, 1984.

MIKLISZANSKI, K. *Le systeme de l'universalite du droit de punir et le droit penal subsidiare*, *Revue de Science criminelle et de Droit Penal Compare*, 1936.

MILL, John Stuart , “The Contest in America.” *Harper's New Monthly Magazine*, Volume 24, Issue 143,. Harper & Bros., New York, April 1862.

MILL, John Stuart, *A Few Words on Non-Intervention*, in *Dissertations and Discussions: Political, Philosophical, and Historical*, by John Stuart Mill, Boston: William V. Spencer, 1868, vol. 3.

MIR PUIG, Santiago, *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1994.

MIRANDA, Jorge, A incorporação ao Direito interno de instrumentos jurídicos de Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos, <http://www.cjf.gov.br/revista/PainelII-2.htm>. Acesso em 26 de novembro de 2007.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, 4ª Ed., t. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1990.

MIRANDA, Pontes de, *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

MOCCIA, Sergio. *La politica criminal del Corpus Juris: dal Corpus Juris al diritto penal europeu?*, in *Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco*, São Paulo, 2003.

MOENS, GA e TZOVARAS T. 'Judicial Law-Making in the European Court of Justice', 17 *The University of Queensland Law Journal* 76, 1992.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. "Manual de Derecho de la Comunidad Europea", Madrid: Editorial Trivium S. A, 1997.

MONATERI, Pier Giuseppe. *The 'Weak Law': Contaminations and Legal Cultures - Borrowing of Legal and Political Forms-*, disponível em: <http://www.alanwatson.org/PGMonateri.pdf>. Acesso em 20/08/2015.

MONCADA, Luís Cabral de. *Estudos de Filosofia do Direito e do Estado*, I, 2004.

MONNET, Jean, *Memórias*. Ed. Universidade de Brasília, 1986.

MONTE, Mário Ferreira, *O Direito Penal Europeu de "Roma" a "Lisboa" – Subsídios para a sua legitimação*, Quid Júris, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, *Do espírito das leis*, São Paulo : Saraiva, 2000.

MOORE, John Bassett, *History and Digest of International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Government Printing Office Washington, 1898.

MORAIS, Carlos Blanco de, *A Responsabilidade Criminal em Direito Internacional*, Revista de Direito Internacional Público, Curso de Mestrado do ano de 1984/1985.

MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira, *Reflexões sobre a imparcialidade do juiz*, In *Temas de Direito Processual: sétima série*, São Paulo, Saraiva, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. In: *Temas de Direito Processual*. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

- MOREIRA, Vital. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição, in Vital Moreira/Leonor Assunção/Pedro Caeiro/Ana Luísa Riquito, *In O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004.
- MORENO, Miguel Duro. *Introducción al Derecho Inglés, La traducción jurídica inglés-español y su entorno*, Edisofer S.L. Libros Jurídicos, Madrid, 2005.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós modernismo*, tradução Jefferson Luiz Camargo, 2 edição, São Paulo, Editora VMF Martins Fontes, 2012.
- MOSLER. H., "*L'Application du Droit International Public par les Tribunaux Nationaux*", in *RDC*, 1957.
- MOTA DE CAMPOS, João. "Direito Comunitário", 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994.
- MOURA RAMOS, Rui Manuel, *Das Comunidades à União Europeia. Estudos de Direito Comunitário*, Coimbra, 1994.
- MOURA RAMOS, Rui Manuel. O acesso dos participantes aos Tribunais Europeus, in *50 Anos do Tratado de Roma*, Lisboa, 2007.
- MORILLAS CUEVA/ VALLS PRIETO. *Hacia La nueva realidad de um derecho penal europeo*, in *RFDUG*, n 9, 2006.
- MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MULLINS, Claude. *The Leipzig trials: an account of the war criminals trials and a study of German mentality*, London: H.F. & G. Witherby, 1921.
- MUÑOZ, Martin Orozco. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, Navarra: Arazandi-Thomson Reuters, 2011, p. 61.
- MUNOZ CONDE, Francisco. En nuevo Derecho penal autoritario,,Nuevo foro penal, ISSN 0120-8179, N°. 66, 2003, págs. 20.
- MUNSTERBERG, Hugo. *The Americans*, Londres, Willians and Norgate, 1905, p. 109.
- NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 155.
- NEIL, Sir Patrick, *The European Court of Justice--A Case Study in Judicial Activism*, at 58 *European Policy Forum*, Aug. 1995.
- NELKEN, David. *The Meaning of Success in Transnational Legal Transfers*. Windsor Y.B., 2001.

- NELSON, Caleb. “*Stare decisis and demonstrable erroneous precedents*”. Virginia Law Review, vol. 87, n. 1, 2001.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NIETO MARTÍN, Adán, *¿Americanización o europeización del derecho penal económico?*, Revista penal Nº 19, La Ley S.A., 2007.
- NIETO MARTÍN, Adán, *El derecho penal europeo a la espera de una Constitución*, in *El Derecho penal de La Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, dir. Luis Arroyo Zapatero/Adán Nieto Martín, Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2007.
- NIETO MARTÍN, Adán, *Fundamentos Constitucionales Del sistema europeo de Derecho Penal*, Direito e Cidadania, VII, 22, 2005.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores. In *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT 785, mar. de 2001.
- NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A moderna interpretação constitucional - Página 2/2. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3497>>. Acesso em: 14 jan. 2015.
- NUNES, Jorge Amaury Maia, *Segurança jurídica e súmula vinculante*, São Paulo: Saraiva, 2010.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, São Paulo: Editora Saraiva, 2.002.
- NUSSBAUM, Martha C.. “*Patriotism and Cosmopolitanism*” (Ed.) Martha C. Nussbaum. For Love of Country. Debating the Limits of Patriotism. 2-20.
- OBANDO, Ana Elena. *La Corte Penal Internacional: Posibilidades para las Mujeres*, <http://www.modemmujer.org/docs/2.170.htm>. Acesso em 14 de dezembro de 2007.
- O'HAGAN, Timothy. *Gadamer, hermeneutics and the law*. ARSP, 76, 1990.
- OLIVEIRA, Cristiano José Martins de. A criação de um tribunal penal internacional. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2449, 16 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14525>>. Acesso em: 1 mar. 2015).

- OLIVEIRA, Renata Fialho de. *Harmonização Jurídica no Direito Internacional*, São Paulo, Quantier Latim, 2008.
- OPPENHEIM, L. *Oppenheim's International Law*, (Ninth Edition, edited by Sir R. Jennings and Sir A. Watts, 1992, Vol. 1, pp. 3 *et seq.*
- OPPENHEIM, L. *Oppenheim's International Law*, (Ninth Edition, edited by Sir R. Jennings and Sir A. Watts, 1992.
- ORAKHELASHVILI A. *The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions*, 16 EJIL, 2005.
- ORIENTLICHER, D., “*Settling Accounts: the Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*”, Yale L.J., 1991.
- O'ROURKE, Kevin H.; WILLIAMSON, Jeffrey G. *When did globalisation begin? European Review of Economic History*. Vol. 6, 2002, p. 23-50; IDEM, *When did globalisation begin? European Review of Economic History*. Vol. 8, 2004.
- ÖRUCÜ, E. “*Mixed and Mixing Systems: A Conceptual Search*” in Örucü, Attwool and Coyle (eds) *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, 1996.
- ORUCU, Esin. ‘*Law as Transposition*’, 51 *International and Comparative Law Quarterly* 2002.
- ÖRÜCÜ, Esin. *A general view of 'legal families' and of 'mixing systems', Comparative law – a handbook*. Coord. de Esin Örucü e David Nelken. Portland: Hart Publishing, 2007.
- OSAKWE, Christopher. *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*, 6 ed., St. Paul, West Publishing Co., 1982.
- PADFIELD, Colin Frank, *Law made simple, Londres*, W. H. Allen, 1978.
- PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2006.
- PALMA, Maria Fernanda. *Direito penal: parte geral*. Fascículos policopiados da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa: AAFDL, 1994.
- PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal Internacional - TPI e a perspectiva da África de língua oficial portuguesa*, Lisboa, junho de 2015.
- PALMA, Maria Fernanda. *Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal*. In: *Casos e materiais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2009.
- PALMA, Maria Fernanda. *Tribunal Penal Internacional: evoluções previsíveis ante os problemas da guerra de agressão, da “legítima defesa preventiva” e do terrorismo*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, v. 44, 2003



PAIVA, Bruno Teixeira de, A Ampliação da Competência do Tribunal Penal Internacional para o Julgamento de Crimes Ambientais, Dissertação de Mestrado apresentado à banca da Universidade Federal da Paraíba, Orientador: Margarida Cantarelli, 2008.

PALIERO, “*Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht Italien*” – Trad.: Requisitos básicos da Parte Geral do Direito Sancionatório Europeu. Relatório Itália -, in *ZStW- Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, volume 110, 1998.

PAPPE, H.O., “*On the Validity of Judicial decisions in the Nazi Era*”, 23, *MLR*, 1960.

PARCALABU, Domnica Doina. *Importance and Necessity of International Judicial Cooperation in Criminal Matters, in European Integration - Realities and Perspectives (EIRP) Proceedings, the 6th Edition of the International Conference on European Integration - Realities and Perspectives*, Vol. 6, 2011, p. 172.

PAULA, Daniel Giotti, *A função dos juízes: eles criam o direito ou simplesmente interpretam-no? A jurisdição constitucional à luz da teoria das decisão judicial e da prática judicial do Supremo Tribunal Federal*, disponível em [http://www.danielgiotti.com.br/wp-content/uploads/2013/01/Daniel-Giotti\\_A-fun%C3%A7ao-dos-ju%C3%ADzes.pdf](http://www.danielgiotti.com.br/wp-content/uploads/2013/01/Daniel-Giotti_A-fun%C3%A7ao-dos-ju%C3%ADzes.pdf), acessado em 02 de dezembro de 2014.

PAULSON, S.L., *On the background and significance of Gustav Radbruch's post-war papers*, in *The Oxford Journal of Legal Studies –OJLS-*, 2006.

PAULUS, ANDREAS L. *Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation - An Attempt at a Reappraisal*, 74 *Nordic JIL*, 2005.

PAULUS, Andreas P., “Do Direito dos Estados ao direito da Humanidade? A instituição de um Tribunal Penal Institucional e o desenvolvimento do Direito Internacional”, in Faculdade de Direito de Coimbra e Goethe-Institut de Lisboa (orgs.), *Direito penal Internacional para a Protecção dos Direitos Humanos*. Lisboa: Fim de Século, 2003, 92-93.

PEARCE, Frank; WOODIWIIS, Michael. *Global crime connections: dynamics and control*, University of Toronto Press, 1993.

PECZNIK, A., ‘*The Binding Force of Precedents*’, in: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, MacCormick ND, Summers RS (eds.), Ashgate Dartmouth, Sydney, 1997.

PELLA, Vespasiano, *La criminalidad colectiva de los Estados y el Derecho Penal Del porvenir*, tradução da 3ª ed. por Jerónimo Mallo, M. Aguilar, Editor, Madrid, 1931.

*Penal Decisions of the Imperial Courts of Justice*, vol. 70, pp. 286 e 287, *Juristische Wochenschrift*, 1936.

PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *El Ejemplo Constitucional de Inglaterra*. Madrid: Universidad Complutense Madrid, 1992. p. 117.

PEREIRA, Cláudio José, *Proteção Jurídica Penal, Estado Democrático de Direito e Bens Jurídicos Universais, Direito das Relações Sociais*, PUC-SP, 2000.

PEREIRA, Eitel Santiago de Brito, *Política, Ética e Estado, Ideia*, João Pessoa, 2011..

PERGORARO, Lucio. *El Método em el Derecho Constitucional: La perspectiva desde el Derecho Comparado*, in *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nº 112, 2001.

PERJU, Vlad F. "*Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations.*" In *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2 ed., Trad. Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

PERMAN, Marc R. "*Statutory Interpretation in California: Individual Testimony as an Extrinsic Aid,*" *15 University of San Francisco Law Review*, 1981.

PERNICE, Ingolf. *Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited*, *36 Common Market Law Review*, 1999.

PERNICE, Ingolf. *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, *The Columbia Journal of European Law*, summer 2009, v. 15, n. 3.

PERRON, Walter. "*Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft?*" – Trad.: Será o sistema penal alemão um futuro sistema europeu? -, em *Festschrift für T. Lenchner zum 70. Geburtstag*, Munique, 1998.

PERRON, Walter. *Perspectivas de la unificación del derecho penal y del derecho procesal penal en el marco de la Unión Europea*, en AA. VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ediciones del puerto, Bs. As., 2005.

PESCATORE, Pierre. "*Aspects judiciaires de "l'acquis communautaire"*". *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1981.

PESCATORE, Pierre, *Derecho de la Integración: Nuevo Fenómeno de las Relaciones Internacionales*.. Buenos Aires: instituto para la Integración de América Latina/ BID, 1973.

PETERS, Anne. '*Supremacy Lost: International Law Meets*', in *Domestic Constitutional Law Vienna Journal on International Constitutional Law*, 3/2009.

PHIPSON, Sidney Lovell. *Best on Evidence: The Principles of the Law of Evidence with Elementary Rules for Conducting the Examination and Cross-Examination of Witnesses*, 1992.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra : Coimbra Editora, 1989.

PICKER, Colin B. *International Law's Mixed Heritage: A Common/Civil Law Jurisdiction*, 1084 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41:1083, disponível em [http://www.vanderbilt.edu/jotl/manage/wp-content/uploads/Picker\\_final\\_7.pdf](http://www.vanderbilt.edu/jotl/manage/wp-content/uploads/Picker_final_7.pdf), acesso em 24/08/2015.

PIERRE lardy. *La Force Obligatoire du Droit Interne*. 1966.

PIETH, Mark. *From Talk to Action: The OECD Experience*, in: *Rose-Ackerman, Susan / Carrington, Paul (Hrsg.), Anti-Corruption Policy, Can International Actors Play a Constructive Role?*, Durham, North Carolina 2013.

PIETH, Mark. *Harmonising Anti-Corruption Compliance*, Zürich St. Gallen: Dike Verlag AG 2011.

PIETH, Mark. *Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität – Trad.: Harmonização internacional do direito penal como resposta à criminalidade económica transnacional-*, in *ZStW - Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Volume 109, 4, Jan 1, 1997.

PIETH, Mark. *La aplicación del Derecho Penal en los sistemas federales: el caso de Suiza*, in: *Instituto Nacional de Ciencias Penales und Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Hrsg.), Hacia la unificación del Derecho Penal*, México 2006.

PIETH, Mark. *La armonización del Derecho penal: la prevención de la corrupción como caso de estudio*, in: *Pieth, Mark / Delmas-Marty, Mireille / Sieber, Ulrich (Hrsg.), Los Caminos De La Armonización Penal*, Valencia 2009.

PINHEIRO, Luís Góes. *O branqueamento de capitais e a globalização*. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12, nº.4, outubro-dezembro – 2002. Coimbra: Editora Coimbra, 2002.

PINTO, Fernando. *A presença do costume e sua força normativa*, Rio de Janeiro, 1982.

PINTO, José Guilherme Berman C. *Repercussão geral e writ of certiorari*, Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, São Paulo: Ed.Saraiva. 2006.

PIRES, Lucas. *Teoria da Constituição de 1976. A transição dualista*. Coimbra: s. n., 1988.

PISANI, Mario. *Rogatorie internazionali e videoconferenze*, *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, v. 57, n. 4, 2002.

PLATÃO. *As Leis*. Tradução de Edson Bini, São Paulo: Edipro, 1999.

PLESSIS, Jacques du. *Comparative law and the study of mixed legal systems*, *The Oxford handbook of comparative law*, Coord. de Mathias Reimann e Reinhard Zimmermann. Oxford; Oxford University Press, 2007.

PLUCKNETT, Theodore F. T. *A concise history of the Common Law*, 5ª edição, London: Butterworth e Co. (Publishers), 1956.

POCOCK, John G. A. "1776: the revolution against Parliament". In: *Virtue, Commerce and History: essays on political thought and history, chiefly in the Eighteenth Century*. Cambridge: Press of the Syndicate of the University of Cambridge, 1985.

POPP, Peter. *Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen - Assistência Jurídica Internacional em Matéria Penal*, Basel 2001.

POPPER, Karl. *A Miséria do Historicismo*, São Paulo, Cultrix, 1980.

POSNER, Richard A., *Against Constitutional Theory*, 73 *New York University Law Review* 1, 1998.

POSNER, Richard A., *How judges think*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008.

POSNER, Richard A. *Para além do direito*, Tradução Evandro Ferreira e Silva, Martins Fontes, São Paulo 2009.

POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*, Tradução Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, São Paulo, 2007..

POUND, Roscoe. *Codification in Anglo-American Law, The Code Napoleon and the Common Law World*, Bernard Schwartz ed., Greenwood Press 1975.

POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias del pensamiento juridico*, Barcelona, Ariel, 1950.

POUND, Roscoe. *The Formative Era of American Law*, Little, Brown & Co., Boston, 1938.

PRADE, Péricles. *Conceito de Interesses Difusos*. 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

PRADEL, Jean; CORSTENS, Gerrt. *Droit Penal Européen*, Paris Dalloz, 2.ª ed, 2002.

- PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 4 edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- PRADO, Luiz Régis, *Bem jurídico-penal e Constituição*, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2003.
- PRATS, Fermín Morales, `Los modelos de unificación del Derecho Penal en la Unión Europea: Reflexiones a propósito del "Corpus Iuris"`, Revista Penal n. 03, 1999.
- PRELOT, Marcel; BOULOUIS, Jean. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 10ª ed., Paris: Dalloz, 1987.
- PRITTWITZ, Cornelius. A funcao do direito penal na sociedade globalizada de risco – defesa de um papel necessariamente modesto, *In Desenvolvimentos atuais das ciencias criminais na Alemanha*, Gazeta Jurídica, Brasilia, 2013.
- PUIG, Juan Carlos. "*Derecho de la Comunidad Internacional y Derecho Interno*", in *Estudios de Derecho y Política Internacional*, 1970.
- PUREZA, José Manuel. Da cultura da impunidade à judicialização global, *In Revista Crítica de Ciências Sociais*, 60, 2001.
- QUADRI, Rolando. *Le fondement du caractère obligatoire du Droit International*. Recueil des Cours de l'Academie de Droit International, 1952.
- QUADROS, Fausto de. *Direito das Comunidades Européias e Direito Internacional Público: contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário europeu*. Lisboa: Almedina, 1991.
- RABASA, Oscar. *El derecho angloamericano*. Estudio expositivo y comparado Del common Law, México, Fondo de Cultura Econômica, 1944.
- RABEL, Ernst. '*Deutsches und Amerikanisches Recht*' - *Direito Alemão e American Law*', 1951.
- RABEL, Ernst. '*Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*', 1925, citado em Zweigert e Kotz, 2 ed, Oxford University Press, 1987.
- RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962.
- RADBRUCH, Gustav. Cinco Minutos de Filosofia do Direito, in *Filosofia do Direito*, Trad. Cabral de Moncada, Coleção Stvdivm, Armênio Amado Editor, Coimbra, 1979.
- RADBRUCH, Gustav. *Statutory lawlessness and supra-statutory Law*, 1946, in *The Oxford Journal of Legal Studies –OJLS-*, 2006.

RADBRUCH, Gustav. O Espírito do Direito Inglês e a Jurisprudência Anglo-Americana, Coleção Abdconst, Trad. Elisete Antoniuk, Ed. Lúmen Júris, rio de Janeiro, 2010.

RAMIRO BROTONS, A. *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Madrid, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade de Ordens Jurídicas, A relação do Direito Brasileiro com o Direito Internacional, Curitiba Juruá Editora, 2012.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Curso de Processo Penal norte-americano, Prefácio Lêda Boechar Rodrigues, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RANDALL, Kenneth C. *Universal Jurisdiction Under International Law*, 66 Tex. L. Rev. 1998.

RANGEL, Vicente Marotta. "Os Conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais", in *BSBDI*, jan. dez, 1967.

RÁO, Vicent, O Direito e a Vida dos Direitos, Noções Gerais. Direito Positivo. Direito Objetivo. Teoria Geral do Direito Subjetivo. Análise dos Sistemas que constituem os direitos subjetivos, Ed. Revista dos Tribunais Ltda, São Paulo, 6ª edição, 2005.

RASSAT, Michèle Laure. *Traité de procédure pénale*. Paris: Puf, 2001.

RAWLS, John, *Political Liberalism*. Trad. de João Sedas Nunes, O liberalismo político, Lisboa, 1997.

RAWLS, Jonh. Uma Teoria da Justiça, Martins Fontes, São Paulo, 2008.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 1967.

Recomendação 1996-8 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, "*Europe in a time of change: crime policy and criminal law*", disponível em <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=557771&Site=CM>, visitado em 08 de julho de 2013, às 14:10 hs.

REIS, M. M. Mercosul, União Européia e Constituição: a integração dos estados e os ordenamentos jurídicos nacionais. Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

REYDAMS, Luc. *Universal Jurisdiction: International and Municipal legal perspectives*, 2003.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 10ª ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005.

RICCARDO Monaco. *L'Odinamento Internazionale in Raporto all'Ordinamento Statuale*, 1932.

RICHARDSON, H.G. *Law and Legislation from Aethelbert to Magna Carta*, 1966.

RIDEAU, Joel. "Constitution et Droit International dans les États Membres de Communautés Européennes", in *Revue Française Droit Constitutionnel*, 1990.

RIKHOF, Joseph. 'Fewer Places to Hide? The Impact of Domestic War Crimes Prosecutions on International Impunity', 20 *Criminal Law Forum*, 2009.

RIKHOF, Joseph, *War Criminals Not Welcome; How Common Law Countries Approach the Phenomenon of International Crimes in the Immigration and Refugee Context*, in *International Journal of Refugee Law*, volume número 21, publicação número 03, 2009.

RIQUERT, Marcelo Alfredo. *Protección contra la delincuencia informática en el Mercosur*, en David Baigún – Nicolás García Rivas (Directores), *Delincuencia económica y corrupción*, Ed. Ediar, Bs. As., 2006.

ROCHA, João Luís Moraes. *Crime Transnacional*, RPCC, ano 13, n. 1, Coimbra, Coimbra Editora.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A defesa do arguido: Uma garantia constitucional em perigo no 'admirável mundoo novo', in *RPCC*, Coimbra, n. 02, 2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A Fase Preparatória do Processo Penal – Tendências na Europa. O Caso Português, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 943- 944.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A Globalização do Direito Penal - Da Pirâmide à Rede ou entre a Unificação e a Harmonização. In *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários Vol. 3*, Coimbra Editora, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A internacionalização e a europeização do direito penal – entre a unificação e a harmonização, in *Internacionalização do Direito no novo Século*, Coimbra Editora, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. "As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal, ou a matriz de um processo penal europeu, in "Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias", Coimbra Editora, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. [Cinco artigos sobre crimes sexuais]. In DIAS, Jorge de Figueiredo, dir. – *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial : Tomo 1: Artigos 131º a 201º*. 2.ª ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2012.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade organizada – que política criminal?, in *Globalização e Direito*, Coimbra Editora, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda, O papel dos sistemas legais e a sua harmonização para a erradicação das redes de tráfico de pessoas. In *Separata da Revista do Ministério Público*, n. 84, Lisboa, 2000.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização e Direito, Criminalidade Organizada – Que Política Criminal?. In *Studia Iuridica* 73. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, democracia e crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da Silva. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – Visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*, Almedina, 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Política Criminal – Novos Desafios – Velhos rumos, *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes da. Para uma política criminal europeia: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RODRIGUES, Cristina Méndez, *Hacia la internacionalización del Derecho penal*, en Ignacio Verdugo Gómez de la Torre- Nieves Sanz Mulas (Coordinadores), *Derecho penal de la democracia vs. Seguridad pública*, Ed. Comares, Granada, 2005.

ROE V. Wade, no. 70-18, 314, F.Supp., 1217, Suprema Corte dos Estados Unidos, disponível em [http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0410\\_0113\\_ZO.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0113_ZO.html), visitado em 19 de março de 2012, às 16:00 hs.

ROMANO, Cesare P. R., *The Sword and the Scales, The United States and International Courts and Tribunals*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. Firenze: Sansoni, 1945.

ROSEN, M.D. 'What Has Happened to the Common law? Recent American Codifications and Their Impact on Judicial Practice and the Law's Subsequent Development', 1994.

ROSS, Alf. Direito e Justiça. Tradução de Edson Bini, Bauru-SP, Edipro, 2003.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais*. Curitiba: Juriá, 2012.

ROTSCH, Thomas. *Concerning the hypertrophy of law, A plea for the harmonization between theory and practice*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ZIS 3/2009.

ROTSCH, Thomas. `Tempos Modernos: Ortodoxia e Heterodoxia no Direito Penal`, título original *Moderne Zeiten: Orthodoxie und Heterodoxie im Strafrecht*, tradução e revisão de Paulo Rodrigo Alfen da Silva, in D'ÁVILLA, Fábio Roberto, Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências. EdPUCRS, Porto Alegre, 2011.



ROUSSSEAU, Jean-Jacques. *Discourse on the sciences and arts*. In *The Discourses and other early political writings*. Ed. Victor Gourevitch. Cambridge, 1997.

ROXIN, C. “*La ciência del Derecho penal ante las tareas del futuro*”, en *La ciência del Derecho penal ante el nuevo milênio* (coord. Version española, MUÑOZ Conde), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ROXIN, Claus, *El desarrollo del Derecho penal em El siguiente siglo, in Dogmática penal y política criminal* (trad. Abanto Vasquez), Lima, 1998.

ROXIN, Claus, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Lisboa: Vega Universidade, 1996.

ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht – Direito Penal*, 22 Auflage, Munchen, Beck, 1991.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, Trad. Julio B. Maier, Buenos Aires, 2000.

ROXIN, Claus. *Sobre El concepto global para una reforma procesal penal*, cit., p. 313;

ROXIN, Claus. *Introduccion a La ley procesal penal alemana de 1877*. Trad. Juan-Luis Gomez Colomer. *Cuadernos de política Criminal*, Madrid, n. 16, 1982.

ROXIN, Claus. Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão, in “*Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias*”, Coimbra Editora, 2009, p. 465.

ROXIN, Claus; SCHUNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*, 26<sup>a</sup> ed., München: C. H. Beck, 2009.

RUBIO, Carlos Ramos. *Comisiones Rogatorias para La obtención de pruebas, Problemas de validez de las pruebas obtenidas em El extranjero: análisis de La jurisprudência del Tribunal Supremo Espanol, Estudios Juridicos, Madrid: Ministerio Fiscal*, n. 3, 2003.

RUNCIMAN, Viscount, *Royal Commission on Criminal Justice: Minutes of Evidence (Runciman Commission)*, The National Archives, Public Records, 1993.

RYZIGER, P. F. *Rapports entre le droit penal francais et le droit communautaire*, I *Gazette du Palais*, 1986.

SACAU, Ana; RODRIGUES, Andreia. Reflexões sobre o papel da experiência do juiz na tomada de decisões judiciais, Periódico “*Julgar*”, Associação Sindical do Juízes Portugueses, Wolters Kluwer, N.º 8, 2009.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*, tradução de Véra Jacob de Fradera, título original: *Trattato di diritto comparato*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SADAT, Leila Nadya. *Summer in Rome, Spring in The Hague, Winter in Washington? U.S. Policy towards the International Criminal Court*, 21 *Wis. Int'l L. J.*, 2003.

SAID, Edward. *The World, the Text, and the Critic*, London: Faber and Faber, 1983.

SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.

SALDANHA, Nelson Nogueira. *O Problema da História na Ciência Jurídica Contemporânea*. 2º edição, revista e aumentada, Porto Alegre: 1978.

SALDANHA, Nelson. *Pequeno Dicionário da Teoria do Direito e Filosofia Política*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987.

SALEILLES, Raymond. *Concepção e objeto da ciência do direito comparado*, Boletim da Sociedade de Legislação Comparada, Congresso Internacional de Direito Comparado, Paris, 1900.

SAMMONS, Anthony. *The "UnderTheorization" of Universal Jurisdiction: Implications for Legitimacy on Trials of War Criminals By National Courts*, 21 *Berkeley J. Intl L.* III, 2003.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. *La expansión del Derecho penal, Aspectos de la Política criminal em lãs sociedades postindustriales*, Edisofer S.L. Libros Juridicos, Editorial de Montevideo-Buenos Aires, 2011.

SANTOS, Cláudia Cruz. «Notas breves sobre os crimes de corrupção de agentes públicos», *Revista Julgar*, n.º 11, Maio - Agosto de 2011.

SANTOS, Cláudia Cruz. «Os crimes de corrupção de funcionários e a Lei nº 32/2010, de 2 de Setembro (É preciso mudar alguma coisa para que tudo continue na mesma?)», *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 1ª edição, Abril 2011.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção [da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador. In ANDRADE, Manuel da Costa, et al., org. – Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra : Coimbra Editora, 2003.*

SARFATTI, M. *Introduzione allo Studio Del diritto comparato*, Turim, 1933.

SATZGER, Helmut. *La internacionalización del Derecho penal como retopara el principio de determinación penal*, *Universidad de Munich Revista Penal*, n.º 21.—Enero 2008.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema do Direito Romano Atual* Editora Unijuí, 2004, p. XXV.

SüB, Frank, "El trato actual del mandato de determinación", *La insostenible situación del derecho penal*, Granda, Comares, 2000.

SCELLE, Georges. *Précis de Droit des Gens* (1932), première partie, 1932.

SCHABAS, William A. 'In Absentia Proceedings before International Criminal Courts', in Göran Sluiter and Sergey Vasiliev (eds.), *International Criminal Procedure – Towards a Coherent Body of Law*, Campden House: Cameron, 2009.

SCHABAS, William A. *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes*, Cambridge University Press, 2000.

SCHACHTER, Oscar. *International law in theory and practice*, Dordrecht, The Netherlands; Boston : M. Nijhoff Publishers ; Norwell, MA, U.S.A. : Sold and distributed in the U.S.A. and Canada by Kluwer Academic Publishers, 1991.

SCHAUER, Frederick. Precedent, *Stanford Law Review*, 1987.

SCHLUCHTER, Ellen. *Derecho procesal penal*, 2. ed., Valencia, 1999.

SCHMITT, Carl. *Il concetto d'Impero nel diritto internazionale. Ordinamento dei grandi spazi con esclusione delle potenze estranee. Roma: Settimo Sigillo*, 1996.

SCHMITT, Carl. *Le categorie del político*, Bologna: il Mulino, 1972.

SCHOLLER, Heinrich. Princípio da Proporcionalidade nos Direitos Constitucional e Administrativo da Alemanha. In *Revista do Tribunal Regional Federal 4º Região*. Porto Alegre, n. 38, 2000.

SCHOMBURG, "Ein neuer Start! Internationale vertragliche Rechtshilfe in Strafsachen, etc", NJW, 2001.

SCHÖNE, Wolfgang. *Líneas generales del proceso penal alemán*, In: *Acerca del orden jurídico penal*, San José, Juricentro, 1992.

SCHUNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico penal: um trabalho de Sísifo?. In *Revista Brasileira de Filosofia* vol. 58, fasc. 232, 2009.

SCHUNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 90, 2011.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, *Bogotá: Universidad Externado de Colombia*, 1998.

SCHÜNEMANN, Bernd. "¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)". En: *Temas actuales y permanentes del derecho penal*. Madrid, Tecnos, 2002.

SCHUNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pond, 2013.

SCHUNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção dos bens jurídicos – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais* 53, 2005.

SHUNEMANN, Bernd, *Peligros para El Estado Del Derecho através de La europeización de La Administración de La Justicia Penal?*, in *El Derecho Procesual Penal em La Union Europea*, Madrid, 2006.

SHÜNEMANN, Bernd. *Proyecto alternativo de persecución penal europea*, Madrid: Dykinson, 2007.

SCHUNEMANN, Bernd. Um Olhar Crítico ao Modelo Processual Penal Norte-americano. *In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pond, 2013.

SCHWAB, G. *Contextualising Carl Schmitt's Concept of Grossraum, History of European Ideas*, 19, 1-3, 1994.

SCHWARZENBERGER, Georg. *International Law as Applied by International Courts and Tribunals, Vol. II, The Law of Armed Conflicts*, Londres, 1968.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes de. Anotações sobre o Anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 129, 2005.

SCOTT, Dennis Michael Millie. *Level English Law, Londres Butterworth*, 1976.

SELDEN, John, Table Talk. *Being the discourses of John Selden, his sense of various matters of weight and high consequence relating especially to religion and state*, Londres, John Wilkie, 1777.

SESÉ, Manuel Ollé. *Justiça Universal para Crímenes Internacionales*, Ed. La Ley, grupo Wolters Kluwer, Madrid, 1ª edição, maio de 2008.

SEWALL, Sarah B.; KAYSSSEN, Carl. The United States and the International Criminal Court, 2000, p. 220.

SHAKESPEARE, William, Macbeth, LePM, Porto Alegre, 2002, ato V, Cena V.

SHAPIRO, Martin. *Stability and Change in Judicial Decision-Making: Incrementalism or Stare Decisis?*, 12 *Law in Transition Quarterly*, 1965.

SHARP, Walter Gary Sharp. *International Obligations to Search for and Arrest War Criminals: Government Failure in the Former Yugoslavia?*, 7 *DUKE J. COMP. & INT'L*, 1997.

SHEFFER, David. *Restoring U.S Engagement with the International Criminal Court*, 21 WIS. INT'L L.J., 2003.

SHELESINGER, R. B. *Comparative Law, Cases, Text, Materials*, 6th ed., Foundation Press, Mineola/NY, 1998.

SHELTON, D. *Normative Hierarchy in International Law*, 100 AJIL, 2006.

SHEPPELE, Kim Lane. *Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studing Cross-constitutional Influence through Negative Models*. ICON, v. 296, n. 1, 2003.

SHUTTE, Julian J. E. *International Review of Penal Law, The Regionalization of International Criminal Law and Protection of Human Rights in International Cooperation in Criminal Proceedings*, Association Internationale de Droit Penale, 65° anée – nouvelle série, 1° e 2° trimestres de 1994.

SHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*, Rio de Janeiro. Forense. 1999.

SIDOU, J.M. Othon. *O Direito Comparado e a Unicidade Jurídica Universal*, in *Fundamentos de Direito Aplicado*, Forense Universitária, São Paulo, 2003.

SIDOU, J.M. Othon. *O direito Legal: História, interpretação, retroatividade e elaboração das leis*. Ed forense, 1985.

SIEBER, Ulrich. *À propôs du Code Pénal type européen*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, ano 79, Janeiro, 1999.

SIEBER, Ulrich. *Estado de evolución y perspectivas del Derecho Penal. Económico*, in *Hacia um Derecho Penal Europeu*, Madrid, 1995.

SIEBER, Ulrich. “*Mastering Complexity in the Global Cyberspace*”, in: M. Del-mas-Marty/ M. Pieth/ U. Sieber (eds), *Les chemins de l’harmonisation pénale*, 2008.

SIEBER, Ulrich. *Estado de la evolución y perspectivas del derecho penal europeo*, en AA. VV., *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

SIEBER, Ulrich. in: *Waltermann/Machill (Coord.)*, *Protecting our children on the internet – towards a new culture of responsibility*, 2000, p. 345-378.

SIEBER, Ulrich. *Limites do direito penal – princípios e desafios do novo programa de pesquisa em direito penal no Instituto Max-Planck de direito penal estrangeiro e internacional*, Revista de direito da Fundação Getúlio Vargas, vol.4, no.1, São Paulo Jan./June 2008, nota n. 38.

SIEBER, Ulrich. *Memorandum on a European Model Penal Code*, *European Journal of Law Reform*, nº 4, 1999.

SIEBER, Ulrich. O Futuro do Direito Penal europeu – Uma nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu, in “*Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias*”, Coimbra Editora, 2009.

SIEBER, Ulrich. *The Forces Behind the Harmonization of Criminal Law*, in: M. Delmas-Marty/ M. Pieth/ U. Sieber (eds), *Les chemins de l’harmonisation pénale*, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona: Jose Maria Bosch Editor S.A., 1992.

SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional*, *Revista Brasileira de Ciências Criminas* 24, 1998.

SILVA, Karine de Souza. *Direito da Comunidade Européia, Fontes, princípios e procedimentos*, Editora Unijuí, Coleção Relações Internacionais e Globalização, Ijuí, 2005.

SILVA, Karine de Souza. *Globalização e Exclusão Social*, Juruá, Curitiba, 2000.

SILVESTRI, Gaetano, *La separazione dei poteri*, Giuffrè, Milão, 1979.

SILVESTRINI, G., “*Diritti naturali e diritto di uccidere. Teorie moderne della guerra fra modelli teorici e tradizioni di pensiero*”, *Filosofia politica*, 3, 2007.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. Tráfico de pessoas: breve análise da situação em Portugal - notícia do novo protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional. *Revista do Ministério Público, Portugal*, v. 23, n. 91, p. 82, jul./set. 2002.

SIMPSON, A. W. B. *The common law and legal theory*, in *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1973.

SLAPPER, Gary. *O Sistema Jurídico Inglês*, ed. Forense, 1ª edição brasileira, tradução: Marcílio Moreira de Castro, Rio de Janeiro, 2011.

SLUITER, Goran; KLIP, André. *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals, The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 1993-1998*, Antwerpen, Intersentia, 1999.

SLUITER, Goran in: FISCHER, Horst, KREß, Claus e S. R. LÜDER, Sascha Rolf (eds.), *The Rules of Procedure and Evidence on Cooperation and Enforcement*, Berlin, 2001.

SLUITER, Goran. *Cooperation of States with International Criminal Tribunals, The Influence of the Common Law and Civil Law Traditions on the International Criminal Law, The Oxford Companion to International Criminal Justice*, editor in chief Antonio Cassese, Oxford University Press, New York, 2009.

SLUITER, Goran. *Second Report of International Law Association, Toronto Conference, International Criminal Court*, 2006, p. 7, disponível no sítio <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1011>, acessado em 20 de dezembro de 2014.

SLUITER, Goran. *International criminal adjudication and the collection of evidence: Obligations of States, Antuérpia, Intersentia*, 2002.

SNYMAN, C. R. *The Accusatorial and Inquisitorial Approaches to Criminal Procedure: Some Points of Comparison between South African and Continental Systems*, Publisher Unisa, 1975.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público, v.I*, São Paulo, Editora. Atlas, 1.ed., 2002.

SÓFOCLES. “Édipo em Colono”. In: *A Trilogia Tebana*. Trad. Mário da Gama Kuri. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, vv. 673-675, pp. 139-140.

SOTELO, José Luis Vasquez. *A jurisprudência vinculante na Common Law e na Civil Law*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos – Principais decisões- Lumen Juris* editora, Rio de Janeiro, 2008.

SOUTO, Miguel Abel. *El blanqueo en la normativa internacional*. Serviço de Publicación e intercambio Científico da Universidade de Santiago de Compostela, 2002.

SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de. A natureza e eficácia do direito internacional, *Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999, p. 218, 220*.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, Curitiba: Juruá, 2006.

SPENCER, J.R. *Processos Penais Europeus, O Sistema Inglês*, org. Mirelle Delmas-Marty, trad. Fauzi Hassan Choukr, Lumen Juris editora, Rio de Janeiro, 2005.

SPENCER, John R. *Why is the harmonisation of penal Law necessary?, in Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law*, Proceedings of the colloquium, Amsterdam, 13-14 December 2001, dir. André Klip/Harmen van der Wilt, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, 2002.

STAPERT, Bart. *American Approach to Harmonization, the Model Penal Code as an example for Europe, in Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law*, pp. 2003.

STAUS, Scott. *Darfur and the Genocide Debate*, 84 *Foreign Aff.*, 2005.

STELZER, J. *União Européia e supranacionalidade : desafio ou realidade?* Curitiba: Juruá, 2000.

STEPHANOS BIBAS, Stephanos; BURKE-WHITE, William W. *Internacional Idealism Meets Domestic Criminal Procedure Realism*, *Duke Law Journal*, volume 59, número 4, janeiro de 2010.

STERN B., “*Quelques observations sur les regles internationales relatives à l’application extraterritoriale du droit*”, *AFDI*, vol.32, 1986.

STRAUSS, David A., *Must Like Cases Be Treated Alike?*, Chicago Public Law and legal Theory Working Paper n. 24, The Law School The University of Chicago, The Social Science Research Network Electronic Paper Collection, 2002, disponível em [http://ssrn.com/abstract\\_id=312180](http://ssrn.com/abstract_id=312180), acessado em 10 de janeiro de 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lenio Luiz, *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de, *Ciência política e teoria geral do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUMMERS, Mark A. *The International Court of Justice's Decision in Congo v. Belgium: How Has It Affected the Development of a Principle of Universal Jurisdiction That Would Obligate All States To Prosecute War Criminals?*, 21 *B.U. Int'l L.J.*, 2003.

SUMMERS, Robert S. “*Precedent in the United States (New York State)*”. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.

SWART, Bert. ‘*Arrest and Surrender*’, in Cassese, Gaeta, and Jones, *ICC Commentary, II*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

SWEET, Alec Stone. *Constitutional dialogues in the European Community*. In: SLAUGHTER, Anne-Marie *et al.* (eds.). *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*. Oxford: Hart Publishing, 1998.

SZTUCKI, J., *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1974.



TARUFFO, Michele. *Aspetti fondamentali del processo civile di Civil Law e di Common Law*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, vol. 36, 2001.

TARUFFO, Michele. Um'Alternativa Alle Alternative: Modelli di Risoluzione dei Conflitti, Revista Argumenta, Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, n. 7.

AVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional, Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, 2009.

TAY, Simon S. C., *Southeast Asian Cooperation on Anti-terrorism in Global Anti-terrorism Law and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Revisitando a teoria schmittiana dos grandes espaços (*Grossraumlehre*): o conceito de espaço no direito internacional contemporâneo, Revista da Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 42, No. 116, 2012.

TEIXEIRA, Antônio Fernando Dias, *A Natureza das Comunidades Européias*, Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

TEUBNER, Günter. 'Autopoietic Law' in Gunther Teubner (ed), *Autopoiesis in Law and Society*, 1987.

TEUBNER, Gunther. *Altera pars auditur: o direito na colisão de discursos*. In: Gunther Teubner et al. *Direito e Cidadania na pós-modernidade*. Piracicaba: Unimep, 2002.

TEUBNER, Günter. 'Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences', 61 *Modern Law Review* 11, 1998.

THOMAS, Hugh M. *The English and the Normans*, Oxford: Oxford University Press, 2003.

THOMAS, Hugh M. 'The significance and fate of the native English landowners of 1086', *English Historical Review* 118, 2003.

THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

TIEDEMANN, Klaus. "Der Allgemeine Teil des Strafrechts im Lichte der europäischen Rechtsvergleichung" - *A parte geral do direito penal à luz do direito europeu* -, em *Festschrift für T. Lenckner zum 70. Geburtstag*, Munique, 1998.

TIEDEMANN, Klaus. *El nuevo procedimiento penal europeo, in El Derecho Penal em La Union Europea*, Cuenca, 2007.

TIEDEMANN, Klaus. *Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho Penal europeo*, Tradução de Adán Nieto Martín., Revista Penal n. 3, Universidade de Huelva, La Ley S.A., 1999

TIEDEMANN, Klaus. *L'europeizzazione del diritto penale*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, ano XLI, 1998.

TIEDEMANN, Klaus. *La armonización del derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea*, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Año III, Nº 7, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 1997.

TOCQUEVILLE, *Democracy in America*, I, p. 286, citado por D. Duman, *The Judicial Bench in England 1727-1875: The Reshaping of a Professional Elite*, *Royal Histor. Soc. Studies in History Series*, 29, Londres, 1982.

TORNAY, Bénédicte. "L'effet direct des traités internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne", *RDUE*, 2/2006

TRABUCCHI, A., *Istituzioni di Diritto Civile*, 32nd ed., CEDAM, Padova 1991.

TRAUVAUX DU COLLOQUE: *Des principes directeurs de politique criminelle pour l'Europe*, RSC 1987.

TRAVERS, Maurice. *1 Le Droit Penal International et as Mise Em Ouvre em temps de paix et em Temps de Guerre*, 1920.

TRAVIESO, Juan Antonio. *Derechos Humanos y Derecho Internacional*", Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1996.

TRIBE, Laurence. DORF, Michael, *Hermenêutica constitucional*, *On reading the Constitution*, Trad., Amarílis Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TRIEPEL, Henrich Triepel, "*Traité International et Loi Interne*", in *Mélanges Gilbert Gilde*, 1963.

TRIEPEL, Henrich, "*Les Rapports entre les Droit Interne et le Droit International*", in *RDC*, 1923.

TRIFFERER, Otto, *Austrian/European Criminal Procedures Between Dogmatism and Pragmatism: The Evolution of Contemporary Experiences in Codification and Legislative Practices*, in *Les systèmes comparés de justice pénale : de la diversité au rapprochement = Comparative criminal justice systems : from diversity to rapprochement -International Conference for the 25<sup>th</sup> Anniversary of the International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences*, Syracuse, Italy, 1997 -, 1998, p. 468.

TRIMARCHI, P., *Istituzioni di Diritto Privato*, 11th ed., Giuffrè, Milano, 1996, p. 23.

TRINDADE, Cançado. *A consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos direitos humanos: quadro atual e perspectivas na passagem do século*, *Seminário de Direitos humanos no século XXI*, 10 e 11 de setembro de 1998, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Fundação Alexandre Gusmão,

Rio de Janeiro. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/53158577/Protecao-Internacional-dos-DH-A-A-C-Trindade>. Visitado em 02 de maio de 2012, às 17 hs.

TRINDADE, Cançado. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do Direito Internacional, Anais da Conferência Nacional dos Direitos Humanos, Câmara dos Deputados, Brasília, 2000.

TUNC, André. *La Cour Suprême: une enquête comparative, Synthèse, Publisher Impr. moderne*, 1978.

TURCKER, John H. *The Code and the Common Law in Louisiana, in in The Code Napoleon and the Common-Law World* 92, 102 - Bernard Schwartz ed., Greenwood Press 1975.

UBERTIS, Giulio, *Principi di Procedura Penale Europea – Le regole del giusto processo*, Milano: *Rafaello Cortina Editore*, 2000, p. 36.

UDHAKAR, T.V.G.N.S. International Criminal Justice: An Analysis of International Criminal Judicial Institutions with Special Reference to ICTY and ICTR, *1 NUJS Law Review* 1, 2008.

ULLMAN, W., *This Realm of England is na empire*”, *Jornal of Ecclesiastical History*, 1979.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito na Sociedade Moderna: Contribuição à Crítica da Teoria Social*, Vol. 130, Ed. Civilização Brasileira, 2009.

United Nations Office on Drugs and Crime, *World Drug Report 2005*, New York, v. 1, 2005, p. 23-146.

UPI, A. L. B. *Soberania OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

VAHAKN N., Dadrian. *"The Naim Andonian documents on the world war I destruction of Ottoman Armenians: the anatomy of a Genocide"*. *International Journal of Middle East Studies*, Cambridge, Mass., 1986.

VALADÉS, Diego (Org). *Conversas Acadêmicas com Peter Häberle*, Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva/IDP, 2009.

VALENTE, Manoel Monteiro Guedes. *Do Mandado de Detenção Europeu*, Almedina, 2006.

VAN CAENEGAM, R. C. *The Birth of The English Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

VAN CAENEGEM, R. C. *European Law in the Past and the Future, Unity and Diversity over Two Millenia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

VAN CAENEGEM, R. C. Juízes, Legisladores e Professores, Coletânea Teoria e Filosofia do Direito, Ed. Campus Jurídico, Elsevier, Rio de Janeiro, 2010.

VAN CAENEGEM, R. C. *The birth of the English common law, 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.*

VANDER BEKEN, Tom, *Freedom, security and justice in the European Union. A plea for alternative views on harmonization, in Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law, Proceedings of the Colloquium, Amsterdam, Dir. Andrea Klip, 2001.*

VAN DEN WYNGAERT, Christine, *Criminal Procedure Systems of European Community*, Butterworths: London, Brussels, Dublin, Edinburgh, 1993.

VAN DYKE, J. "Redressing Human Rights Abuses", Denver J.I.L., and Pol., 1992.

VAN DER WILT, Harmen. *Some critical reflections on the process of harmonization of criminal law within the European Union, in Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law*, Edited by Andre Klip and Harmen van der Wilt, Amsterdam, 2002.

VANDERBILT, Arthur T. *The Reconciliation of Civil Law and the Common Law, in The Code Napoleon and the Common-Law World* 92, 102 - Bernard Schwartz ed., Greenwood Press 1975.

VASSALI, Giuliano. "Formula di Radbruch e Diritto Penale", Editora Giuffrè, Milão, 2001.

VENTURA, Deisy. *Las asimetrías entre el Mercosur y la Unión Europea. Los desafíos de una asociación interregional*, Edición Konrad Adenauer Stiftung, Oficina Uruguay, Montevideo, 2005.

VERDROSS, Alfred. "La Loi de la Formation des Groupes Juridiques et la Notion de Droit International Public" in *Introduction à l'Étude du Droit Comparé, Recueil d'Études en l'Honneur d'Edouard Lambert*, 1938.

VERDROSS, Alfred. *V\_lkerrecht, Edição Espanhola*, 1957.

VERIN, J., "Le projet de Code Pénal modele pour l'Amérique Latine", *Revue Se. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1973.

VERMEULEN, Gert, *Where do we currently stand with harmonization in Europe?», in Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law*, Edited by Andre Klip and Harmen van der Wilt, Amsterdam, 2002.

VERVAELE, J.A.E. 'Mercosul and Regional Integration in SouthAmerica 'in *International & Comparative Law Quarterly* 54, 2005.

VERVAELE, John .A.E., *Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?*, in: J.A.E. Vervaele (ed.)

Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in the Netherlands, Kluwer, 1994.

VERVAELE, John A. E. “*La europeización Del Derecho penal y La dimensión penal de La integración europea*”, Revista Penal n. 15, Universidade de Huelva, La Ley S.A., 2005.

VERVAELE, John A. E. *La Unión Europea y su espacio judicial europeo: los desafíos del modelo Corpus Juris 2000 y de la Fiscalía Europea*, Revista Penal n. 15, Universidade de Huelva, La Ley S.A., 2002.

VICENTE Marotta Rangel. "Os Conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais", in *BSBDI*, jan. dez, 1967.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIEIRA, Andréia Costa, *Civil Law e Common Law*, Os dois grandes sistemas legais comparados, Sergio Antonio fabris Editor, Porto Alegre, 2007.

VILLEY, Michel, “*Le droit naturel et l’histoire*”. In: *Seize essais de philosophie du droit*, Paris: Dalloz, 1969.

VIRALLY, Michael. *Réflexions sur le jus cogens*. *Annuaire Français de Droit International*, XII: 5-29, 1966.

VITTA, Edoardo, “*International Conventions and National Conflict Systems*”, in *RDC*, 1969.

VOGEL, Joaquim. *Cooperación penal: cinco tendencias. Cinco propuestas para una acción futura*, in *El Derecho penal de La Unión Europea*, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla – La Mancha, 2006.

VOGEL, Joachim. *La internacionalización del Derecho penal y del Proceso penal*, *Revista Penal n.º 22*, Wolters Kluwer España, S.A., Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla, Julho 2008.

VOGEL, Joachim. “*Wege zu europaisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts*”, *JZ*, 1995.

VOGEL, Joachim. *Derecho penal y Globalización*, trad. Cancio Melia , en *Globalización y Derecho. Anuario de La Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2005.

VOGEL, Joachim. *Estado y tendencias de la armonización Del Derecho penal material em Unión Europea*, trad. M. Ontiveros Alonso, Revista Penal n. 10, 2002.

VOGEL, Joaquim. *Política Criminal y Dogmática Penal Europeas*, in *Revista Penal*, n. 11, 2002.

VOGEL, Joaquim/NOROUZI, Ali B., *The European Arrest Warrant, ne bis in idem and the problem of multiple jurisdictions*, in: Guidicelle-Delage/Manacorda (Coord.), *L'intégration pénale indirecte*, Paris, 2005.

VOGEL, Joaquim. *Why is the harmonisation of penal Law necessary? A comment*, in *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Edited by Andre Klip and Härmen van der Wilt, Amsterdam, 2002.

VOGLER, Richard. *Criminal Procedure in France*, in *Comparative criminal Procedure*, John Hatchard et al. eds., 1996.

VOGLER, Theo. *The Protection of Human Rights in International Cooperation in Criminal Proceedings*, Justus-Liebig-Universität, Giessen, in *International Review of Penal Law, The Regionalization of International Criminal Law and Protection of Human Rights in International Cooperation in Criminal Proceedings*, Association Internationale de Droit Penale, 65<sup>o</sup> année – nouvelle série, 1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup> trimestres de 1994.

VOLKOMER, Walter E. *Introduction to Law – a Casebook*. New Jersey: Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1994.

VON LISZT. *La teoria dello scopo nel diritto penale*, (org.) Alessandro Alberto Cavi, Milano, Giuffrè, 1962.

VRANKEN, M., *'The Relevance of Civil Law Doctrines in Australian Courts: Some Examples from Contract and Tort'*, 1999.

VRANKEN, M., *Fundamentals of European Civil Law and Impact of the European Community*, The Federation Press, Sydney, 1997.

WADE, H. W. R., *The basis of legal sovereignty*, *Cambridge Law Journal*, 1955, p. 182.

WALKER, Neil, *The Idea of Constitutional Pluralism*, 65 *The Modern Law Review*, 2002.

WALKER, Ronald Jack e Michael George Walker, *The English Legal System*, Londres *Butterworth*, 1972.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetos do direito: civil law e common law*. RePro. vol. 172. São Paulo: Ed. RT, 1985, p. 128-129.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, *Recurso Especial, Recurso Extraordinário, e Ação Rescisória*, Segunda edição reformulada e atualizada da obra *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

WATKIN, Thomas Gyn. *An Historical Introduction to Modern Civil Law*. 1<sup>a</sup> ed. Aldershot: Ashgate Publishing Ltd, 1999.

WATSON, Alan. '*Comparative Law and Legal Change*', 37 *Cambridge Law Journal*, 1978.

WATSON, Alan, '*Legal Transplants and European Private Law*', vol. 4.4, 2000, Disponível em *Electronic Journal of Comparative Law* <<http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>> acesso em 21 de dezembro de 2014, às 20 hs.

WATSON, Alan, *The making of the Civil Law, 1 ed. Cambridge, Harvad University Press*, 1981.

WERLE, Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, T.M.C. Asser Press, Haia, p. 45, 2005.

WESSLS/BEULKE, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 6 Aufl., Sergio Fabris editora, Porto Alegre Trad. Juarez Tavares, 2007.

WEYEMBERGH, Anne, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 42 *Common Market Law Review*, Issue 5, 2005.

WEYEMBERGH, Anne, *L'impact du 11 september sur l'équilibre sécurité/liberté dans le espace penal européen, Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruylant, 2002.

WEZEMAN, Siemon T./BROMLEY, Mark, *International arms transfers*, SIPRI Yearbook 2005, Oxford et al., 2005.

WHITMAN, J., '*Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code*', 1987.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 546-547.

WIEGAND, W., *The Reception of American Law in Europe*, 1999, 39 *Am. J. Comp. L.*, 1999.

WIGMORE, John h., *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, 3rd ed, 1940.

WILFRIED M. Bolewski. "Les Certificats Gouvernementaux Relatifs à l'Application du Droit International par le Juge Anglais", in *RGDIP*, 1973.

WILLIAN H. MacNeill. *Polyethnicity and Nacional Unity in World History*, University of Toronto Press, 1986.

WITTE, Bruno de. '*Direct Effect, Supremacy, and the Nature of Legal Order*', in P. Craig & G. de Burca (eds.), *The Evolution of EU Law*, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Filosofia in Crítica* nº 6, Terramar, Lx., Maio 1991.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Tratado Lógico-Filosófico – Investigações Filosóficas, Editora: Fundação Calouste Gulbenkian 2008.

WOLFF, Jeffrey S., PROSZEK, Lisa B., *Interaction Dynamics in Federal Administrative Decision Making: The Role of the Inquisitorial Judge and the Adversarial Lawyer*, 33 Tulsa L. J., 1997.

ZAGREBELSKY, Vladimiro. *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in ius17@unibo.it, n 1/2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno al concepto de "crimen organizado"*, in *Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia*, Ed. Depalma, Bs. As., 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trotta: Madrid, 2011.

ZANDER Michael. *Cases and Materials on the English Legal System*, London, 1974.

ZAPPALÀ, Enzo. *Processo penale ancora in bilico tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio. Diritto Penale e Processo*. n. 7. P-886-893. Milano: Ipsoa, 1998.

ZAPPALÀ, Salvatore. *'The Reaction of the US to the Entry into Force of the ICC Statute: Comments on UN SC Resolution 1422 (2002) and Article 98 Agreements'*, 1 JICJ, 2003.

ZAPPALÀ, Salvatore. *The Rome Statute of the International Criminal Court, a commentary*, in: Cassese/Gaeta/Jones [eds.], 2009.

ZAPPALÀ, Salvatore. *Osservatorio del Tribunale Penale internazionale per l'ex-Jugoslavia Periodico: Diritto penale e processo*  
Anno: 1998 - Volume: 4 - Fascicolo: 6, p. 888.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A prova ilícita e o Tribunal Penal Internacional: regras de admissibilidade*, Dissertação (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

ZIMMERMANN, Robert. *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 4a. edição, Bern 2014.

ZIPF, Heinz. *a la politica criminal, traduccion: miguel izquierdo macias-picavea*. Imprenta: Madrid, Ed. de Derecho Reunidas, 1979.

ZITSCHER, Harriet Christiane *Introdução ao direito civil alemão e inglês*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1999.



ZOLO, Danilo. “Carl Schmitt: a profecia da guerra global”, *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Vol. 5, 2008.

ZOLO, Danilo. “*Peace through Law*”, 3 JICJ, 2004, p. 734.

ZOLO, Danilo. Globalização. Um Mapa do problema, Florianópolis, Conceito Editorial, 2001.

ZACZYK, Rainer, *Über Theorie und Praxis im Recht*, Trad: Sobre a Teoria e a Prática no Direito, in: Widmaier/Lesch/Müssig/Wallau (Ed.), *Fest-schrift für Hans Dahs*, 2005.

ZWEIGERT, Konrad; KOTZ, Hein, *Introduction to Comparative Law: Volume 1 – The Framework*, 2 ed., 1987, p. 15–27.

## 12 - ANEXOS

### A - Canadá

12.1 - O sistema jurídico canadense de cooperação penal internacional.....	496
12.2 - Dos crimes de transcendência internacional no ordenamento jurídico canadense:	
12.2.1 – O crime de tráfico de drogas no ordenamento jurídico canadense.....	501
12.2.2 - O crime de organização criminosa no ordenamento jurídico canadense.....	502
12.2.3 - O crime de tráfico de pessoas no ordenamento jurídico canadense.....	503
12.2.4 - O crime de branqueamento de capitais no ordenamento jurídico canadense.....	504
12.2.5 - O crime de corrupção no ordenamento jurídico canadense.....	505
12.2.6 – O crime de terrorismo no ordenamento jurídico canadense.....	507

### B – Estados Unidos da América

12.3 – O sistema jurídico norte-americano de cooperação penal internacional.....	509
12.4 - Dos crimes de transcendência internacional no ord. jurídico norte-americano:	
12.4.1 – O crime de tráfico de drogas no ordenamento jurídico norte-americano.....	517
12.4.2 - O crime de organização criminosa no orden. jurídico norte-americano.....	522
12.4.3 - O crime de tráfico de pessoas no ordenamento jurídico norte-americano.....	524
12.4.4 - O crime de branqueamento de capitais no ord. jurídico norte-americano.....	528
12.4.5 - O crime de corrupção no ordenamento jurídico norte-americano.....	529
12.4.6 – O crime de terrorismo no ordenamento jurídico norte-americano.....	532

### C – Reino Unido

12.5 – O sistema jurídico do Reino Unido de cooperação penal internacional.....	533
12.6 - Dos crimes de transcendência internacional no ordenamento jurídico do R. Unido	
12.6.1 – O crime de tráfico de drogas no ordenamento jurídico do Reino Unido.....	549
12.6.2 - O crime de organização criminosa no ordenamento jurídico do R. Unido.....	551
12.6.3 - O crime de tráfico de pessoas no ordenamento jurídico do Reino Unido.....	551
12.6.4 - O crime de branq. de capitais no ordenamento jurídico do R. Unido.....	552
12.6.5 - O crime de corrupção no ordenamento jurídico do Reino Unido.....	553
12.6.6 – O crime de terrorismo no ordenamento jurídico do Reino Unido.....	554

## D – Alemanha

12.7 – O sistema jurídico alemão de cooperação penal internacional.....	556
12.8 - Dos crimes de transcendência internacional no ordenamento jurídico alemão:	
12.8.1 – O crime de tráfico de drogas no ordenamento jurídico alemão.....	570
12.8.2 - O crime de organização criminosa no ordenamento jurídico alemão.....	571
12.8.3 - O crime de tráfico de pessoas no ordenamento jurídico alemão.....	572
12.8.4 - O crime de branqueamento de capitais no ordenamento jurídico alemão.....	573
12.8.5 - O crime de corrupção no ordenamento jurídico alemão.....	574
12.8.6 – O crime de terrorismo no ordenamento jurídico alemão.....	575

## E – Portugal

12.9 – O sistema jurídico português de cooperação penal internacional.....	577
12.10 - Dos crimes de transcendência internacional no ordenamento jurídico português:	
12.10.1 – O crime de tráfico de drogas no ordenamento jurídico português.....	583
12.10.2 - O crime de organização criminosa no ordenamento jurídico português.....	591
12.10.3 - O crime de tráfico de pessoas no ordenamento jurídico português.....	593
12.10.4 - O crime de branqueamento de capitais no ordenamento jurídico português.....	95
12.10.5 - O crime de corrupção no ordenamento jurídico português.....	597
12.10.6 – O crime de terrorismo no ordenamento jurídico português.....	602

## F – Brasil

12.11 – O sistema jurídico brasileiro de cooperação penal internacional.....	607
12.12 - Dos crimes de transcendência internacional no ordenamento jurídico brasileiro:	
12.12.1 – O crime de tráfico de drogas no ordenamento jurídico brasileiro.....	618
12.12.2 - O crime de organização criminosa no ordenamento jurídico brasileiro.....	621
12.12.3 - O crime de tráfico de pessoas no ordenamento jurídico brasileiro.....	624
12.12.4 - O crime de branqueamento de capitais no ordenamento jurídico brasileiro.....	626
12.12.5 - O crime de corrupção no ordenamento jurídico brasileiro.....	631
12.12.6 – O crime de terrorismo no ordenamento jurídico brasileiro.....	637

## A – Canadá

### 12.1 – O sistema jurídico canadense de cooperação penal internacional

Sob os auspícios do direcionamento criado pela sua Constituição de 1867<sup>1327</sup>, a lei penal canadense insere-se na competência normativa de seu Governo federal, sendo seu sistema jurídico-penal, incluindo seu Código Criminal, de aplicação obrigatória em todas as suas dez províncias e dois territórios. No âmbito penal internacional, o Canadá tem dado ênfase à assinatura de tratados bilaterais e multilaterais relacionados à cooperação penal internacional e à persecução de crimes de natureza transnacional. Muito embora se possa constatar uma mudança de postura do Governo canadense quanto à prevenção e repressão de crimes de estatura internacional, não é correto afirmar que o Canadá aceitou a tendência americana de amplo endurecimento das punições, a qual se espalhou a muitos outros regimes democratas<sup>1328</sup>. O Governo canadense, portanto, não aplicou o que algumas pessoas têm chamado de uma mudança geral rumo ao tipo de punição popular que caracterizou muitas democracias industriais ocidentais<sup>1329</sup>.

O país possui, já incorporados à sua lei doméstica, 49 acordos bilaterais em matéria de extradição, além de um razoável número de tratados multilaterais envolvendo, de forma específica, alguns crimes de caráter internacional, tais como: terrorismo internacional, ataques contra a aviação civil, ataques contra pessoas internacionalmente

---

<sup>1327</sup> A Constituição canadense apresenta-se, na verdade, como um conjunto de textos constitucionais, formado pelo *Constitution Act* de 1982 (que, materialmente, configura-se como uma mera repetição do original *Constitution Act* de 1867) e mais outros 25 documentos primários.

<sup>1328</sup> GARTNER, Rosemary. “*Trends in Crime and Criminal Justice in Canada and the U.S. in the post-Charter period*”. Em: Kaslorr, M. [e] Drennen, C. (orgs). *Crime and the Criminal Justice System in Canada*. Bowling Green, Canadian Studies Centre/Bowling Green State University, 2004.

<sup>1329</sup> Segundo dados trazidos por essa professora, a taxa de encarceramento do Canadá cresceu de aproximadamente 86 por 100 mil habitantes, em meados dos anos 1970, ao máximo de 116 por 100 mil habitantes, em 1994 – um aumento de 35%. A partir de 1994, porém, a taxa no país tem diminuído e, em 2004 (três anos depois do atentado terrorista em Nova Iorque), era de aproximadamente 103 por 100 mil habitantes. O Canadá, segundo a referida estatística, não refletiu a tendência de aumento das taxas de encarceramento nos últimos anos do século XX, que caracterizou muitas democracias industrializadas. (GARTNER, Rosemary. “*Trends in Crime and Criminal Justice in Canada and the U.S. in the post-Charter period*”. In: Kaslorr, M. [e] Drennen, C. (Orgs). *Crime and the Criminal Justice System in Canada*. Bowling Green, Canadian Studies Centre/Bowling Green State University, 2004). Segundo os professores norte-americanos Dood e Webster, “o Canadá não tem uma convicção clara, política e pública, no sentido de que o sistema de sentenciamento pode reduzir o crime”. Alegam, ainda, que referida situação tem sido importante para o país, já que “limita o entusiasmo por sanções mais duras” (DOOB, Anthony N. [e] WEBSTER, Cheryl Marie, *Looking at the Model Penal Code Sentencing Provisions through Canadian Lenses*. Buffalo Criminal Law Review, no 7, 2003).

protegidas, ofensas contra material nuclear, ataques contra a navegação marítima internacional, tráfico internacional de drogas e tortura. Em termos regionais, o Canadá não faz parte de nenhum acordo ou tratado regional de cooperação internacional ou qualquer outra matéria penal com países circunvizinhos - a não ser que se considerem, no conceito de regionalização, acordos de cunho bilateral, como é o caso dos vários exemplos de acordos firmados, por exemplo, com os Estados Unidos da América-, estando curiosamente incluído na Convenção Europeia para transferência de pessoas condenadas do Conselho da Europa<sup>1330</sup>.

Como fonte normativa para a configuração da criminalidade internacional, a jurisprudência dos tribunais canadenses, tanto da Suprema Corte Canadense quanto dos demais graus de jurisdição (Corte Federal e Corte de Apelação), tem-se valido das previsões do Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional<sup>1331</sup>, bem como de outros textos direcionados a tribunais *ad hoc*, como é o caso do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII) e do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda (TPIR), tendo-se referido, ainda, à antiga e controversa Carta do Tribunal Militar Internacional de Nurembergue<sup>1332</sup>. Como exemplo, cite-se o julgamento do norte-americano Hinzman, no qual a Corte Federal canadense considerou, com base no estabelecido na Carta do Tribunal Militar Internacional de Nurembergue, que os chamados crimes contra a paz só podem ter como sujeito ativo oficiais do alto escalão da polícia ou Forças Armadas, não podendo ser praticado, como no caso, por soldado de baixa patente sem poder de comando<sup>1333</sup>. Também a título de exemplaridade, a Suprema Corte Canadense, quando do estabelecimento de parâmetros definidores da criminalidade transnacional, seguiu algumas premissas jurisprudenciais indicadas pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII) e para Ruanda (TPIR), aduzindo que, para a configuração de crimes contra a humanidade, não de estar presentes, na espécie, quatro

---

<sup>1330</sup> A Convenção Europeia sobre Transferência de Pessoas Condenadas, de número 112, foi aberta à assinatura em 21 de março de 1983 e teve sua entrada em vigor a 01 de julho de 1985.

<sup>1331</sup> Quanto ao referido Estatuto, a Corte Federal de Apelação tem sido bastante abrangente, quando questionada quanto aos limites temporais de sua aplicação, tendo considerado, em 2003, de forma bastante explícita, que o mesmo se aplica a situações ocorridas antes de sua assimilação legislativa no território canadense, ocorrida formalmente em 2002, e antes mesmo de seu surgimento no plano internacional, datado de 1998 (RIKHOF, Joseph. *War Criminals Not Welcome; How Common Law Countries Approach the Phenomenon of International Crimes in the Immigration and Refugee Context*. In: *International Journal of Refugee Law*, 03 out. 2009, v. 21, n. 3, p. 454).

<sup>1332</sup> *Ibid.*

<sup>1333</sup> Para detalhes acerca do julgamento, ver: <http://quakerservice.ca/wp-content/uploads/2011/05/2009-Hinzman-FCA-written-submissions.pdf>. Acesso em: 18 de janeiro de 2011, às 13:00hs).

elementos essenciais, entre os quais se inserem a necessidade de identificação precisa da situação fática proibida e o pleno conhecimento do acusado de que o ato é direcionado em desfavor da população civil ou de outro grupo identificado<sup>1334</sup>.

O Canadá, sendo um Estado federado e uma monarquia, cujo chefe de Estado compartilha com o Reino Unido, um país de tradição de *Common Law*, que tem a língua inglesa como uma de suas línguas oficiais e pertencente à América do Norte, tem estreitas relações com os Estados Unidos da América e com o Reino Unido, com eles compartilhando grandes semelhanças no campo da cooperação judicial internacional em matéria penal<sup>1335</sup>. O *Extradition Act/Loi sur l'Extradition*<sup>1336</sup> regula a forma de se proceder a extradições do Canadá ou para ele. Ele concerne aos parceiros de extradição do Canadá, quais sejam, os países, territórios e organizações com os quais o país tenha celebrado tratados ou convenções acerca de extradição, bem assim aqueles enumerados no *Extradition Act/Loi sur l'Extradition* como parceiros imediatos<sup>1337</sup>.

A partir do Canadá, a conduta extraditável, segundo a lei canadense, deve: ser punível, no Canadá, com pena máxima de, no mínimo, 2 anos de privação de liberdade, existindo tratado de extradição correspondente, ou de, no mínimo, 5 anos de privação de liberdade, além de ser punível no Estado requerente com, no mínimo, pena máxima de dois anos de privação de liberdade; atender à dupla incriminação; se o pedido for para execução

---

<sup>1334</sup> O mencionado julgamento, ocorrido em 2005, dizia respeito ao caso de uma pessoa acusada de ter feito um discurso de apologia e incentivo aos assassinatos em massa ocorridos em Ruanda (RIKHOF, Joseph. *Hate Speech and International Criminal Law, The Mugesera Decision by the Supreme Court of Canadá, in Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 21).

<sup>1335</sup> Acerca dos estreitos laços de segurança e de estratégias de defesa: <http://opencanada.org/features/the-think-tank/essays/canada-and-the-five-eyes-intelligence-community/>; e [http://www.canadainternational.gc.ca/united\\_kingdom-royaume\\_uni/bilateral\\_relations\\_bilaterales/defence-defense.aspx?lang=eng](http://www.canadainternational.gc.ca/united_kingdom-royaume_uni/bilateral_relations_bilaterales/defence-defense.aspx?lang=eng), ambos com acesso: 25 ago. 2015.

<sup>1336</sup> *Extradition Act/Loi sur l'Extradition*. Disponível em: <http://Laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/E-23.01/> (original em inglês, Acesso em: 25/08/2015); e <http://Laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/E-23.01/> (original em francês, acesso em: 25 ago. 2015).

<sup>1337</sup> Países com os quais o Canadá tem acordos de extradição: a) Parceiros de extradição designados, independentemente de tratado bilateral: Antígua e Barbuda, Austrália, Bahamas, Barbados, Botswana, Costa Rica, Gana, Granada, Guiana, Jamaica, Japão, Lesoto, Maldivas, Malta, Maurício, Namíbia, Nauru, Nova Zelândia, Papua-Nova Guiné, Cingapura, Ilhas Salomão, São Cristóvão e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e as Granadinas, Suazilândia, Trinidad e Tobago, Tuvalu, Reino Unido, Vanuatu e Zimbábue; b) Países com que o Canadá mantém tratados bilaterais vigentes: Albânia, Argentina, Áustria, Bélgica, Bolívia, Chile, Colômbia, Cuba, República Tcheca, Dinamarca, Equador, El Salvador, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Guatemala, Haiti, Hong Kong, Hungria, Islândia, Índia, Israel, Itália, Coreia do Sul, Letônia, Libéria, Lituânia, Luxemburgo, México, Mônaco, Holanda, Nicarágua, Noruega, Panamá, Paraguai, Peru, Filipinas, Portugal, Romênia, San Marino, Eslováquia, África do Sul, Espanha, Suécia, Suíça, Tailândia, Tonga, EUA e Uruguai; e c) Organismos designados parceiros de extradição e com que se lida como Estados: Tribunal Penal Internacional, Tribunal Penal Internacional para Ruanda e Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia.

de pena, a pena a cumprir deve ser de, no mínimo, seis meses de privação de liberdade. O Ministério da Justiça é responsável pela implementação dos acordos de extradição, pela administração do *Extradition Act/Loi sur l'Extradition*<sup>1338</sup> e por lidar com as extradições operadas sob seu manto.

O Ministro da Justiça se recusará a entregar a pessoa requerida, se: a entrega for injusta ou opressiva; o pedido de extradição envolver preconceito de raça, religião, nacionalidade, origem étnica, língua, cor, opinião política, sexo, orientação sexual, idade, desabilidade ou estado mental ou físico ou a pessoa requerida puder ser prejudicada por qualquer dessas razões; o fato for punível com pena de morte no Estado requerente e não houver comutação ou garantia de sua não aplicação. O Ministro da Justiça deve recusar a emissão de ordem de entrega se: segundo a lei do Estado requerente, houver ocorrido a prescrição que impeça o processamento correspondente; o crime respectivo for um crime militar sem homólogo entre os crimes civis; o crime respectivo for um crime político, de natureza política propriamente dita. A lei canadense deixa explícito que não se enquadram na ideia de crime político impeditivo de extradição: homicídio doloso ou culposo; lesões corporais severas; violência sexual; sequestro, extorsão mediante sequestro ou rapto; uso de dispositivos ou substâncias explosivos, incendiários, de modo que se ameace vida humana ou ponha em séria risco integridade física de pessoas ou, ainda, que se possa causar substancial dano à propriedade; qualquer conduta auxiliar a qualquer dos fatos criminosos acima descritos.

O Ministro da Justiça pode se recusar a realizar entrega do requerido se: no Canadá, a pessoa não tiver seguimento do seu processo, por absolvição ou condenação anterior pelos mesmos fatos; a pessoa tiver sido condenada à revelia e não puder ter o caso revisto; à época dos fatos, a pessoa requerida tinha menos de 18 anos, e a lei estrangeira que lhe cabe não estiver de acordo com os princípios que regem o *Youth Criminal Justice Act/Loi sur le Système de Justice Pénale pour les Adolescents*; a conduta objeto do pedido de cooperação coincidir com o conteúdo de processo criminal em curso no Canadá; se nenhuma das condutas correspondentes ao pedido de cooperação ocorreu em território do Estado requerente.

---

<sup>1338</sup> *Extradition Act/Loi sur l'Extradition*; Disponível em: <http://Laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/E-23.01/> (original em inglês. Acesso em: 25 ago. 2015); e <http://Laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/E-23.01/> (original em francês. Acesso em: 25 ago. 2015).

No caso de extradição para o Canadá, uma autoridade competente faz requerimento ao Ministro da Justiça, que o formula ao Estado estrangeiro. São autoridades competentes: o Procurador-Geral ou o Procurador-Geral de uma província que seja responsável pela condução de um caso; no caso de crimes sujeitos ao *Young Offenders Act/Loi sur les Jeunes Contrevenants*<sup>1339</sup>, se a pessoa for sujeita a recolhimento a penitenciária, o Ministro da Segurança Pública e Prevenção a Emergência (*Minister of Public Safety and Emergency Preparedness/Ministre de la Sécurité Publique et de la Protection Civile*); finalmente, se for sujeita a outras medidas, o ministro provincial responsável pelas medidas corretivas. O juiz pode, para os fins de produção de prova para pedido de extradição, ordenar o que for necessário, independentemente da autoridade acima indicada, desde que a ordem se destine a garantir, preservar, certificar ou autenticar prova.

O Canadá tem tradição de cooperação internacional ampla e vanguardista, sendo Nação conhecida por seu perfil não intervencionista, que preza por valores democráticos e padrões elevados para a vida humana<sup>1340</sup>. Sua lei de assistência judicial mútua em matéria criminal<sup>1341</sup> prevê, ainda, os seguintes mecanismos cooperativos: Acordos Administrativos<sup>1342</sup>, Ordens Estrangeiras de Indisponibilidade, Apreensão e Confisco de Propriedade no Canadá<sup>1343</sup>, Busca e Apreensão<sup>1344</sup>, Ordens de Exibição<sup>1345</sup>,

---

<sup>1339</sup> <http://Laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/Y-1/> (original em inglês, acesso em: 25 ago. 2015); e <http://Laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/Y-1/> (original em francês, acesso em: 25 ago. 2015).

<sup>1340</sup> A respeito da vanguarda canadense no combate e na cooperação concernente a condutas de truste e de cartéis, [http://www.mcmillan.ca/Files/Cartel%20Enforcement%20Immunity%20and%20Jurisdiction\\_Some%20Recent%20Canadian%20Developments\\_Low\\_0504.pdf](http://www.mcmillan.ca/Files/Cartel%20Enforcement%20Immunity%20and%20Jurisdiction_Some%20Recent%20Canadian%20Developments_Low_0504.pdf), acesso em 25/08/2015; Acerca da elevada posição do Canadá (7º) no Global Democracy Index, Disponível em: <http://www.sudestada.com.uy/Content/Articles/421a313a-d58f-462e-9b24-2504a37f6b56/Democracy-index-2014.pdf>, acesso em 25/08/2015; IDH canadense, oitavo mais elevado do mundo, Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/countries>. Acesso em: 25 ago. 2015.

<sup>1341</sup> <http://Laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/M-13.6/> (original em inglês, acesso em 25/08/2015); e <http://Laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/M-13.6/> (original em francês. Acesso em: 25 ago. 2015).

<sup>1342</sup> Na ausência de acordos entre os Estados, o Ministro das Relações Exteriores (*Minister of Foreign Affairs/Ministre des Affaires Étrangères*), com a concordância do Ministro da Justiça, pode deflagrar acordo administrativo, com o fim de obter assistência judicial mútua para investigação de fato que, se fosse cometido no Canadá, seria ofensa grave. Em casos excepcionais, o fato pode, no Canadá, ser uma contravenção nos âmbitos federal (*Act of Parliament/Loi du Parlement*) ou provincial (*Province Legislature/Législature Provinciale*).

<sup>1343</sup> O Ministro da Justiça recebe o pedido e, se for o caso, autoriza o Procurador-Geral ou um Procurador-Geral de Província a providenciar o requerimento judicial respectivo. O Ministro da Justiça recusará o pedido de confisco, se: tiver razões suficientes para acreditar que é instrumento para punir alguém por sua raça, sexo, orientação sexual, religião, nacionalidade, origem étnica, língua, cor, idade, incapacidade física ou mental ou opinião política; estiver convencido de que a ordem pode prejudicar um procedimento em curso; estiver convencido de que a execução da ordem implicará ônus excessivo aos recursos de autoridades



Videoconferência<sup>1346</sup>, Transferência de Presos<sup>1347</sup> e Prova Emprestada<sup>1348</sup>. O Canadá, até recentemente, não reconhecia e homologava qualquer julgamento que ultrapassasse a mera execução de soma monetária. Em 2006, houve posicionamento da Suprema Corte Federal, no sentido de tornar mais amplo o espectro para recepção desses julgados estrangeiros, todavia os critérios ainda não são claros<sup>1349</sup>.

## 12.2 - Dos crimes de transcendência internacional no ordenamento jurídico canadense

### 12.2.1 – O crime de tráfico de drogas no ordenamento jurídico canadense

O Canadá adota previsões mais concentradas e relativamente sucintas para tipificação penal de condutas relativas a drogas. O diploma normativo pertinente é o *Controlled Drugs and Substances Act/Loi réglementant certaines drogues et autres substances de 1996*<sup>1350</sup>, emendado, pela última vez, em janeiro de 2016. Como a maioria das nações do grande eixo Europa-América do Norte-Japão-Austrália-Nova Zelândia, o

---

federalis, provinciais ou territoriais; estiver convencido de que o cumprimento da ordem poderá prejudicar a segurança do Canadá, o interesse nacional ou a soberania nacional; estiver convencido de que a recusa do pedido atende a interesse público. <http://Laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/M-13.6/> (original em inglês. Acesso em: 25 ago. 2015); e <http://Laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/M-13.6/> (original em francês. Acesso em: 25 ago. 2015).

<sup>1344</sup> O Ministro da Justiça, em entendendo que o pedido deva seguir, fornece à autoridade competente os documentos e as informações necessárias à obtenção de mandado de busca canadense. O pedido é, então, judicialmente proposto a juiz de província. O juiz, ao emitir o mandado, poderá sujeitar o seu cumprimento às condições que entenda necessárias. O juiz designará uma audiência, em que serão ouvidas a pessoa atingida e quaisquer pessoas que aduzam interesse sobre a coisa a ser alcançada. Na mesma audiência, a coisa poderá ser restituída a seu possuidor, a seu proprietário ou ter a entrega ao Estado requerente determinada, com ou seu estipulação de condições. Antes de sua efetiva remessa, o Ministro da Justiça poderá fixar condições ou termos para a entrega. <http://Laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/M-13.6/> (original em inglês. Acesso em: 25 ago. 2015); e <http://Laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/M-13.6/> (original em francês. Acesso em: 25 ago. 2015).

<sup>1345</sup> <http://Laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/M-13.6/> (original em inglês, acesso em 25/08/2015); e <http://Laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/M-13.6/> (original em francês. Acesso em: 25 ago. 2015), 17.

<sup>1346</sup> <http://Laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/M-13.6/> (original em inglês. Acesso em: 25 ago. 2015); e <http://Laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/M-13.6/> (original em francês. Acesso em: 25 ago. 2015), 22.1

<sup>1347</sup> <http://Laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/M-13.6/> (original em inglês, acesso em 25/08/2015); e <http://Laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/M-13.6/> (original em francês. Acesso em: 25 ago. 2015), 24.

<sup>1348</sup> <http://Laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/M-13.6/> (original em inglês, acesso em 25/08/2015); e <http://Laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/M-13.6/> (original em francês. Acesso em: 25 ago. 2015), 30.

<sup>1349</sup> <http://www.ktbarristers.com/ForeignJudgeB.html>. Acesso em: 28 ago. 2015; <http://Laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/F-29/page-4.html>, acesso em 28/08/2015.

<sup>1350</sup> Disponível em: <http://Laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-38.8/page-3.html> e <http://Laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/c-38.8/page-2.html>. Acesso em: 2 mar. 2016.

Canadá adota balizamento fundamental de repressão criminal estruturado com lastro em natureza/forma de uso das drogas envolvidas, de acordo com previsão expressa em listas sujeitas a constante atualização. No Canadá, as listas são em número de 5 e têm conteúdo extenso. Não parece haver, todavia, uma identidade de progressão de gravidade rígida entre as tabelas, sendo as referências dos tipos penais resultantes de escolhas políticas mais detidas, que foram além da mera observação de sequência. Isso é dito, porque, na lista I, estão os opiáceos e cocaína, e a potente psilocina só é contemplada na lista III, sequencialmente posterior à previsão da *Cannabis* – droga que tem maior consenso, em diversas realidades sociais (veja-se Holanda, Uruguai, alguns estados dos EUA, alguns estados do México etc.), acerca de sua menor lesividade, ainda que entorpecente –, que consta da lista II<sup>1351</sup>.

Por fim, o Canadá é bastante progressista, ao admitir o uso medicinal de diversas substâncias que, em muitas sociedades, seriam absolutamente proscritas. Em resumo, são crimes que tocam drogas: a) buscar ou obter droga ou prescrição para droga, em desacordo com os casos de lei ou traficar tais substâncias, inclusive possuí-las para fins de tráfico; b) importação, exportação e posse para a exportação, em desacordo com autorizações expedidas com amparo legal; c) produção ou posse, venda, importação de substância utilizada para fabrico de droga, de forma desautorizada, ou que será utilizada no tráfico.

### 12.2.2 - O crime de organização criminosa no ordenamento jurídico canadense

Como se fez quando da abordagem dos crimes dos EUA e do Reino Unido, aqui não se adentrará o campo do *Case Law* canadense – que seria de certa relevância, no que concerne à área francófona do Canadá, de tradição de *Common Law* –, mas tão somente a legislação escrita. A já tão mencionada Convenção de Palermo foi assinada e ratificada<sup>1352</sup> pelo Canadá e tem influenciado sua legislação repressiva penal. Por

---

<sup>1351</sup> Ver tabelas (*Schedules*, na versão em inglês) acessáveis por via da nota de rodapé acima.

<sup>1352</sup> Disponível em: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-12&chapter=18&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12&chapter=18&lang=en). Acesso em: 2 mar. 2016.

influência da convenção e de casos de repercussão no Canadá, como o embate dos *The Hells Angels* e *The Rock Machine*, em contexto de disputa de gangues<sup>1353</sup>.

O Código Penal canadense (467.1 e segs.)<sup>1354</sup> prevê, atualmente: a) participação em organização criminal, entendida como agremiação não randômica de três ou mais pessoas, dentro ou fora do Canadá, que tenha, entre seus principais propósitos ou atividades, a facilitação ou cometimento de um ou mais crime(s) grave(s) que, se cometido(s), poderiam resultar em benefício, financeiro ou não, direto ou indireto, para o grupo ou para parte dele ou membro; b) o auxílio/facilitação à organização também é tipificado, bem assim, cometer crime que beneficie, conduza ou auxilie a organização, como, ainda, a instrução para tanto; c) crimes graves seriam aqueles puníveis com cinco anos de prisão ou mais ou os indicados pela lei como tal.

### 12.2.3 - O crime de tráfico de pessoas no ordenamento jurídico canadense

Em consonância com *guideline*<sup>1355</sup> do *Department of Justice/Ministère de la Justice* canadense, o que é de relevância acerca da tipificação penal canadense acerca de tráfico de pessoas, incluído o transnacional, é o que se segue<sup>1356</sup>: a) tráfico de pessoas ordinário ou agravada pela utilização de sequestro, agressão grave, agressão sexual grave ou morte; b) tráfico de pessoa menor de idade, ordinário ou agravado pela utilização de sequestro, agressão grave, agressão sexual grave ou morte; c) recebimento de benefício financeiro ou qualquer outro com o fim de cometer ou facilitar tráfico de pessoa adulta ou menor; d) retenção/destruição de documentos de identidade de pessoa adulta ou menor com o fim de cometer ou facilitar tráfico de pessoa; e) a lei esclarece que o tráfico refere a exploração e não necessariamente diz respeito a movimento, sobretudo quando envolva: fornecimento ou oferta de fornecimento de um serviço ou trabalho que, pelas circunstâncias, pode razoavelmente levar a pessoa a acreditar que sua segurança ou a

---

<sup>1353</sup> Disponível em: <http://icclr.Law.ubc.ca/sites/icclr.Law.ubc.ca/files/publications/pdfs/ES%20paper%20-%20TOC%20and%20canadian%20implementation.pdf> página 10. Acesso em: 2 mar. 2016.

<sup>1354</sup> Disponível em: <http://Laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/FullText.html> e em <http://Laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-46/TexteComple.html>. Acesso em: 2 mar. 2016.

<sup>1355</sup> Disponível em: inglês em <http://justice.gc.ca/eng/cj-jp/tp/legis-loi.html>. Acesso em: 2 mar. 2016.

<sup>1356</sup> Ressaltando que se encontra no Código Penal (*section 279.01, section 279.011, subsection 279.02(1), subsection 279.02(2), subsection 279.03(1), subsection 279.03(2), e section 279.04*).

segurança de pessoa próxima possa estar ameaçada, se não houver aceitação e/ou exercício do ofício; quando tal serviço/trabalho seja ofertado mediante engodo, uso de ameaça, força ou outro meio de coação, a fim de ter órgão ou tecido removido; f) a depender do caso e de suas circunstâncias, podem ser utilizadas as figuras penais do sequestro, cárcere privado, ameaça, extorsão, violência sexual, violência sexual grave, crimes relativos a prostituição e crimes pertinentes a organização criminosa; g) recrutamento, transporte, recepção e albergamento de pessoa do exterior para o Canadá, mediante abdução, fraude, engodo ou uso ou ameaça de uso de coação, previsto no *Immigration and Refugee Protection Act/Loi sur l'immigration et la protection des refugies*<sup>1357</sup>.

São instrumentos internacionais relevantes de que o Canadá é signatário e ratificador: Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e seu Protocolo Adicional para Prevenir, Suprimir e Punir Tráfico de Pessoas, Especialmente de Mulheres e Crianças<sup>1358</sup>, Protocolo Opcional à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre a Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil<sup>1359</sup>, Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho concernente à Proibição e Imediata Ação para Eliminação das Piores Formas de Trabalho Infantil<sup>1360</sup>, Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional<sup>1361</sup>.

#### 12.2.4 - O crime de branqueamento de capitais no ordenamento jurídico canadense

Acerca dos crimes de branqueamento de capitais na ordem jurídica canadense, trata a Parte 5 do *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act/Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*<sup>1362</sup>: a) o crime geral concerne ao desrespeito das disposições

---

<sup>1357</sup> Disponível em: <http://Laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/I-2.5/> e em <http://Laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/I-2.5/>. Acesso em: 2 mar. 2016.

<sup>1358</sup> Disponível em: <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/index.html>. Acesso em: 7 mar. 2016

<sup>1359</sup> Disponível em: [http://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf). Acesso em: 7 mar. 2016.

<sup>1360</sup> Disponível em: <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/com-chic.htm>. Acesso em 7.mar 2016.

<sup>1361</sup> Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2016..

<sup>1362</sup> Disponível em: <http://Laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/p-24.501/FullText.html#right-panel> e em <http://Laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/p-24.501/TexteCompleet.html>. Acesso em: 2 mar. 2016.

especificadas da lei em tela; b) a contravenção de diretiva refere-se à contravenção de dispositivos especificados da lei em baila, variando a punição de acordo com os dispositivos desrespeitados; c) o fato de reportar a superior a existência da transação ou propriedade respectivo como ilegais exclui, para a pessoa ou entidade, o crime de branqueamento de capitais e, de mesma forma, se a pessoa acredita ter empregado devida diligência para prevenir o cometimento do delito; d) prestar falso ou inidônea informação ao Centro ou autoridades de apuração/processamento delitivo de branqueamento de capitais; e) participantes e auxiliares de eventual conduta de branqueamento de capitais podem ser condenadas por isso, independentemente de o agente da conduta de lavagem de dinheiro em si efetivamente vir a ser condenado.

### **12.2.5 - O crime de corrupção no ordenamento jurídico canadense**

A lei federal do Canadá, acerca de corrupção, traz, em apertada síntese, as seguintes condutas típicas no Código Penal Canadense<sup>1363</sup>: a) a corrupção doméstica encontra-se no Código Penal (Parte IV) e refere, genericamente, a condutas de suborno, seu fornecimento ou sua solicitação, por intermédio ou para qualquer agente público, com o fim de influenciar sua atuação e incliná-lo a atuar contrariamente às regras conhecidas de honestidade e integridade; b) as seções 119 a 149 da Parte IV do Código Penal tocam a crimes de corrupção relacionados à administração da Justiça, a exemplo, no contexto do Judiciário canadense, suborno de servidores e de juízes, além de fraude contra o Governo, quebra de confiança de agente público, corrupção municipal, venda ou aquisição de escritório/ofício, devendo a ideia de agente público, para fins de subsunção a tais ilícitos, respeitar as definições da lei canadense para cada caso; c) as seções 379 a 427 da Parte IV do Código Penal concernem à corrupção no ambiente privado. Aqui, as previsões legais encontram suas mais amplas tipificações, até pela natureza das atividades privadas. Uma restrição existe, em alguns casos especificados, qual seja, que haja segredo ou intenção de segredo da conduta corrupta, de modo que o prazo para sua divulgação ou sua realização às claras desnatura o crime. Atente-se que, mesmo nesses tipos penais, há participação de agente público.

---

<sup>1363</sup> Disponível em: <http://Laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/> e em <http://Laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/c-46/>. Acesso em: 7 mar. 2016.

A despeito de aqui não ser o propósito o ingresso no campo do *Case Law*, é importante destacar que a Suprema Corte do Canadá, em 2006, no caso *R vs. Boulanger*<sup>1364</sup>, assentou que, para a caracterização de corrupção, é indispensável: conexão entre a atividade exercida pelo agente e os deveres inerentes a sua função; quebra do padrão de responsabilidade ou de conduta demandados pela natureza da função; conduta marcadamente desviada dos padrões esperados de um indivíduo em igual posição de confiança pública; prova de que o fim objetivado pela conduta é diverso de qualquer um abrangido pelo interesse público.

As condutas das seções 122 (quebra de confiança de agente público) e 128 (conduta indevida de agentes com atuação em processo) da Parte IV do Código Penal são chamadas, doutrinariamente, de inconventionais, porque dispensam, para seu aperfeiçoamento, contraparte transacional ou relação de *quid pro quo* em vista do ato ilegal. Outra distinção que se faz, relevante para as penas correspondentes, é das figuras de corrupção maior (*grand corruption*) ou menor (*petty corruption*), de acordo com a possibilidade de envolvimento de agentes de maior graduação hierárquica e de maiores importâncias ou valores de subornos ou recompensas indevidas.

Os critérios para a tipificação relacionam-se àqueles de *mens rea* (*guilty mind*) e de *actus reus* (*guilty act*) da *Common Law*, sendo indiferente se a conduta se perfaz por ação ou por omissão. Para os crimes de corrupção convencional (ver alínea “e” acima, com conseqüente juízo de inversão acerca da corrupção inconventional), contudo, a legislação diferencia os benefícios mercadejados: seções 119 e 120 da Parte IV do Código Penal (suborno de servidores e de juízes) mencionam pecúnia, valores apreciáveis financeiramente, função, local ou emprego; seções 121 e 123 da Parte IV do Código Penal (fraudes no governo e corrupção municipal) mencionam empréstimo, recompensa, favorecimento ou benefício de qualquer natureza; e seção 125 da Parte IV do Código Penal (influenciar ou negociar indicações para ou relações com funções públicas) menciona recompensa, favorecimento ou benefício de qualquer natureza<sup>1365</sup>.

---

<sup>1364</sup> Disponível em: [http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2015/sp-ps/PS18-10-2014-eng.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2015/sp-ps/PS18-10-2014-eng.pdf) Página 17. Acesso em: 3 mar. 2016..

<sup>1365</sup> Como a coação não é elementar de nenhum desses ilícitos penais, se ela restar evidenciada, pode ser o caso de cometimento, em cumulação ou unicamente, de crime de extorsão, tal qual previsto na seção 346 do Código Penal.

No *Corruption of Foreign Public Officials Act/Loi sur la corruption d'agents publics étrangers*<sup>1366</sup>, lei que segue a mesma linha de outras legislações adotadas por força de acordos no âmbito da OECD, pune-se corrupção de agentes estrangeiros de acordo com as seguintes diretrizes: a) agente público estrangeiro é aquele de qualquer poder do Estado ou vinculado a organizações internacionais; b) pune-se o agente que atua com o fim de obter ou manter vantagem sobre curso de negócio, dar, oferecer ou concordar com dar ou oferecer, direta ou indiretamente, empréstimo, recompensa, favorecimento ou benefício de qualquer natureza a agentes público estrangeiro; c) pune-se aquele que agir com o fim de subornar agente público ou estrangeiro ou de ocultar tal ato, manter a companhia registros incompletos, inverídicos ou não registrar atividades e transações, inclusive com destruição antecipada de documentos e ocultação de contas; d) o Judiciário deve proceder hermeneuticamente a uma definição mais precisa de quais seriam os livros e registros em questão, uma vez que omissos o tipo penal; e) a atividade privada no estrangeiro pode ser a tipicamente comercial, com fim de obtenção de resultados financeiros, como também aquela de organizações sem fins lucrativos, cujos resultados não têm mensuração direta como ativos de mercado; f) há hipótese expressa de jurisdição extraterritorial, no caso de o agente ser cidadão canadense, ter residência permanente no Canadá ou de a entidade ter sido incorporada ou constituída na forma da lei federal ou provincial canadense.

#### **12.2.6 – O crime de terrorismo no ordenamento jurídico canadense**

Entre os anos de 2003 e 2004, o Canadá criou um novo Departamento de Segurança Pública de Prevenção de Emergências, além de ter articulado uma polícia nacional de segurança com o potencial de aprimorar e trazer uma mais racional e adequada medida preventiva contra os riscos do terrorismo e outros tipos de crimes internacionais, como é caso dos ataques a instalações nucleares ou químicas. Essa medida de política social foi efetivada através da promulgação, em maio de 2004, da Lei de Segurança Pública (*Public Safety Act*), que criou departamentos administrativos destinados a identificar locais e instalações vulneráveis ao terrorismo, bem como substâncias que

---

<sup>1366</sup> Disponível em: <http://Laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-45.2/index.html> e em <http://Laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/c-45.2/index.html>. Acesso em: 3 mar. 2016.

possam ser utilizadas na prática de atos terroristas. Essa nova ênfase governamental em face da criminalidade transnacional passou a ser empreendida após o atentado de 11 de setembro, aos Estados Unidos, já que o Canadá, tendo em vista sua proximidade geográfica, foi um dos países que mais sentiu as repercussões da resposta americana aos ataques terroristas<sup>1367</sup>.

Assim, o *Anti-terrorism Act/Loi antiterroriste*<sup>1368</sup> emendou o Código Penal Canadense, logo após os ataques terroristas que resultaram no colapso das torres do *World Trade Center*, na cidade de Nova Iorque<sup>1369</sup>. Destacam-se, como crimes de terrorismo: a) participar de ou conscientemente auxiliar uma atividade ou um grupo terrorista, com o fim de reforçar a capacidade do grupo de levar a cabo atividade terrorista ou de facilitá-la; b) facilitar, com consciência, uma atividade terrorista; c) perpetrar um crime grave, no interesse ou sob a direção de um grupo terrorista ou a ele associadamente; d) instruir, com consciência, uma pessoa de exercer uma atividade terrorista para um grupo terrorista; albergar ou ocultar, com consciência, pessoa que praticou atividade terrorista ou que provavelmente a praticará, a fim de permitir a prática de atividade terrorista ou de facilitá-la; e) reunir, fornecer, disponibilizar, utilizar ou possuir bens destinados a certos fins ou para certas atividades (financiamento do terrorismo); f) condutas baseadas em ódio, preconceito racial, étnico, religioso ou afins, se forem mais específicas, e não adquirirem a proporção de atividade de grupo terrorista, são puníveis pelas previsões das seções 430(4.1) e 320.1 do Código Penal, fora da disciplina tópica do terrorismo. A disseminação de mensagens de ódio com fim discriminatório incide em previsão do *Canadian Human Rights Act/Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>1370</sup>.

---

<sup>1367</sup> ROACH, Kent. *Anti-Terrorism Law and Policy in the West, Canada's Response to Terrorism*, in *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge University Press, Edited by Victor V. Ramraj, Michael Hor and Kente Roach, New York, 2009, p. 511 e 512.

<sup>1368</sup> Disponível em: <http://Laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-11.7/> e em <http://www.justice.gc.ca/fra/jp-cj/sn-ns/loi-act.html>. Acesso em: 3 mar. 2016.

<sup>1369</sup> Não há dúvida de que, em todo o mundo, após 2001, o tratamento do terrorismo adquiriu maior institucionalidade e consenso e, ao mesmo tempo, maior coercitividade (CUNHA, Ciro Leal Martins da. *Terrorismo internacional e política externa brasileira após o 11 de setembro* – Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2009, p. 47).

<sup>1370</sup> Disponível em: <http://Laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/h-6/> e em <http://Laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/h-6/>. Acesso em: 3 mar. 2016.



## B - Estados Unidos da América

### 12.3 – O sistema jurídico americano de cooperação penal internacional

A dificuldade de se analisar o sistema penal americano, material e processualmente, e seu relacionamento com o ordenamento jurídico-penal internacional, advém do fato de que ele, não pertencendo ao sistema romano-germânico, ostenta um perfil que não se amolda, completamente, ao sistema britânico<sup>1371</sup>. A complexidade, singularidade e variedade do sistema criminal norte-americano o torna peculiar e de difícil avaliação comparativa. Os Estados Unidos possuem 50 Estados, cada um com seu próprio sistema legislativo, ordenamento criminal e respectivas leis penais, além da jurisdição penal em matéria federal, cujo campo de atuação difere dos Estados, mas não se sobrepõe nem interfere na seara competencial destes últimos, cuja autonomia jurisdicional equivale-se, praticamente, à de um Estado-Nação soberano. Demonstrando a característica e acentuada autonomia peculiar aos Estados norte-americanos, o juiz Chase destacou que o povo de cada Estado compõe um Estado, que tem seu próprio governo, funções essenciais, independência e autonomia própria, estando, entretanto, sob os cuidados da Constituição como forma de preservação da União e para a manutenção do governo nacional<sup>1372</sup>.

As autoridades legislativas e executivas estaduais, quando da realização do procedimento legislativo de feitura das leis penais, são soberanas nos limites do seu campo de jurisdição, variando bastante, em cada Estado, os mecanismos de punição criminal<sup>1373</sup>.

---

<sup>1371</sup> BLAKESLEY, Christopher L. *Revue Internationale de Droit Penal, Les Systèmes Pénaux à l'épreuve du crime organisé, section IV Droit pénal International, Coloque préparatoire Utrech (Pays-Bas), 13-16 mai, 1998, Association Internationale de Droit Penal, 70 anée – nouvelle série, 1 et 2 trimestres 1999, Érés, p. 504.*

<sup>1372</sup> Ainda segundo o juiz Chase, a Constituição, em todas as suas disposições, olha para uma União indestrutível composta por Estados (CHASE, C.J. *Opinion of the Court, Supreme Court of the United States*, 74 U.S. 700, Texas v. White, 1869, [http://www.Law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0074\\_0700\\_ZO.html](http://www.Law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0074_0700_ZO.html). Acesso em: 22 jan. 2012, às 15:00 h).

<sup>1373</sup> Trazendo, a título de exemplaridade, o caso da punição através da pena de morte, 36 dos 50 Estados norte-americanos adotam a pena capital dentre as hipóteses de punibilidade dispostas em seu ordenamento jurídico. Cada Estado que permite a pena de morte, presente sua autonomia para tanto, detém diversas leis e modelos quanto aos mecanismos, limites de idade e espécies de infrações penais passíveis de sofrer esta penalização. Existe, obviamente, algumas regras uniformes, podendo-se citar, neste tema, a impossibilidade de pena capital em desfavor dos deficientes mentais, pena, em tais termos, considerada ilegal na totalidade dos 50 países (ver, quanto a isto, o julgamento *State v. Allen*, da Suprema Corte Americana). Quanto à pena de morte, especificamente, nos Estados Unidos, ver: H.A. BEDAU, *Death is different: Studies in the Morality, Law and Politics of Capital Punishment*, p. 134, 135, 1987; C.L. Black, Jr., *Capital Punishment: The inevitability of Caprice and Mistake*, 1974.

Esta ampla autonomia - quase soberania- exercida pelos Estados norte-americanos possui uma justificada razão histórica: as 13 colônias inglesas da América conquistaram sua independência, em 1776, constituindo-se em Estados soberanos, unidos em torno de uma Confederação<sup>1374</sup>. Não havendo um sistema único também na estrutura do Poder Judiciário, cada Estado tem sua hierarquia judiciária, também autônoma, independente e não subordinada à estrutura federal<sup>1375</sup>, formada por juízes de primeira instância, tribunais de segundo grau e suprema corte, além dos correspondentes órgãos judiciários federais. O sistema penal norte-americano é preponderantemente conduzido pelos Estados-Membros<sup>1376</sup>, já que estes podem criar, autonomamente, tipos penais próprios<sup>1377</sup>, além de

---

<sup>1374</sup> Em relato histórico acerca do tema, Souto discorre: “Os Estados que individualmente cederam à soberania para a construção do modelo federativo buscaram reter ampla competência legislativa, o que se comprova com a cláusula constitucional dos poderes remanescentes, que possibilita aos Estados-Membros legislar sobre todo e qualquer tema não reservado à União. Some-se essa peculiaridade ao sentimento de ‘soberania’ que motivou a luta pela quebra dos laços com a Inglaterra e que os Estados cultivaram durante os anos em que assim permaneceram – soberanos – da Independência, em 1776, à aprovação da Constituição, em 1787” (SOUTO, João Carlos, Suprema Corte dos Estados Unidos – Principais decisões- *Lumen Juris* editora. Rio de Janeiro, 2008, p. 84). Verdadeiramente, os revolucionários começaram a controverter, pela sua ineficiência, o sistema inglês, já que sua Constituição permitia que o tributasse desmedidamente os colonos (MADDOX, Graham. “Constitution”. In: BALL, Terence; FARR, James; HANSON, Russell. *Political innovation and conceptual change*, p. 60-61). O processo revolucionário desencadeia-se, neste cenário, quando os colonos descrevem-se como “estados perfeitos”, percebendo também que a soberania é inerente à prerrogativa de legislar (POCOCK, John G. A. “1776: the revolution against Parliament”. In: *Virtue, Commerce and History: essays on political thought and history, chiefly in the Eighteenth Century*. Cambridge: Press of the Syndicate of the University of Cambridge, 1985, p. 83). A partir daí, entenderam que a supremacia absoluta do Parlamento inglês deveria chegar ao fim (DIPPEL, Horst. “Popular sovereignty and the separations of powers in American and French Revolutionary constitutionalism.” In: *Amerikastudien: Eine Vierteljahrsschrift. Jahrgang 34. München: Wilhelm Fink Verlag: 1989, p. 23)*

<sup>1375</sup> Segundo assenta Souto, em análise histórico-jurisprudencial, “a jurisdição da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre os atos normativos e judiciais produzidos pelos Estados-Membros foi construída na primeira metade do século XIX sobre três pilares distintos e relevantes. O primeiro, no caso *Fletcher v. Peck*, de 1810, quando restou firmada a competência da Suprema Corte para exercer o controle de constitucionalidade das leis oriundas dos legislativos estaduais. O segundo, no caso *Martin v. Hunter’s Lessee*, de 1816, em que a Corte Suprema exerceu o poder revisional, de natureza recursal (*appellate power*), em processo de natureza cível, sobre decisão de Tribunal estadual que se recusava a cumprir ordem da Suprema Corte em processo em que se discutia um tratado - impopular- celebrado pelos Estados Unidos com a Inglaterra. O terceiro, no caso *Cohens v. State of Virginia*, julgado em 1821, em que também se firmou a prerrogativa de a Suprema Corte exercer a competência recursal sobre atos do Judiciário dos Estados, porém, em processo de natureza penal.” (SOUTO, João Carlos, Suprema Corte dos Estados Unidos – Principais decisões- Rio de Janeiro: *Lumen Juris* editora, 2008, p. 63-64).

<sup>1376</sup> Como base estatística para tal afirmação, apontam-se dados no sentido de que a jurisdição federal abrange apenas, cerca de 3% dos casos de crimes graves e, aproximadamente, uma média de somente 1% de todos os crimes praticados em território americano (RAMOS, João Gualberto Garcez. Curso de Processo Penal norte-americano, Prefácio Lêda Boechar Rodrigues. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 102). Há, segundo Katz, razões históricas para o fortalecimento político dos estados em detrimento do governo federal e o estabelecimento de uma forte e equilibrada união entre todos os entes federativos. Segundo o autor, a referida política democrática foi necessária para proteger os Estados Unidos da dominação estrangeira, para resolver e evitar disputas entre Estados e para proteger cada Estado do perigo de uma insurreição (KATZ, Richard S. *Political Institutions in United States, Comparative Political Institutions*, Oxford University Press, publicado na Oxford University office in New York, 2007, p. 11).

estar reservada à jurisdição federal uma muito restrita quantidade de infrações penais<sup>1377</sup>. Essa preponderância estadual também assume nota marcante nos outros poderes constitucionais, já que, além dos poderes que lhe são expressos, os Estados possuem reserva de poder subsidiária, sendo o sistema norte-americano, também por isso, caracterizado pela distribuição de uma vasta maioria de poderes governamentais ao comando dos Estados<sup>1379</sup>.

A grande marca distintiva do sistema criminal estadunidense é o direito ao julgamento por júri em todos os procedimentos penais<sup>1380</sup>, do modo como estabelecido pela Sexta Emenda à Constituição<sup>1381</sup>. O sistema processual penal americano e seu corpo de normas de Direito Penal substancial não podem ser adequadamente compreendidos sem uma interligação com os aspectos básicos do seu Direito Constitucional e o seu impacto na aplicação dos mecanismos processuais. O equilíbrio entre os poderes institucionais, no nível nacional e estadual<sup>1382</sup>, e a medida competencial destinada a cada ente estadual em

---

<sup>1377</sup> Diferentemente dos demais países democráticos, a exemplo do Brasil (*ver*: quanto a esse detalhe, o art. 22, inciso I, da Constituição Federal Brasileira, atentando-se para o fato de que a autorização de criação de tipo penal, dada aos Estados, pelo parágrafo único do mesmo artigo, diz respeito apenas a questões específicas relacionadas à matéria), os Estados Unidos não concedem à União monopólio federal no processo de elaboração de normas penais.

<sup>1378</sup> Os crimes federais resumem-se às hipóteses de falsificação de títulos e de moedas (*“The Congress shall have power...omissis...To provide for the Punishment of counterfeiting the Securities and current Coin of the United States”*, art. 1º, seção 8ª, cláusula 6, da Constituição Americana), aos atos de pirataria e outros crimes cometidos em alto mar moedas (*“The Congress shall have power...omissis...To define and punish Piracies and Felonies committed on the high Seas...”*, art. 1º, seção 8ª, cláusula 10, primeira parte, da Constituição Americana) e às infrações penais atentatórias ao direito internacional (*“The Congress shall have power...To define and punish... Offenses against the Law of Nations...”*, art. 1º, seção 8ª, cláusula 10, segunda parte, da Constituição Americana).

<sup>1379</sup> Essa interpretação dos mecanismos de Governo americanos está expressamente registrada na emenda constitucional de número dez, conhecida como a “Emenda dos Direitos dos Estados” (States' Rights Amendment: *“The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people”*).

<sup>1380</sup> Há, como em toda regra, suas exceções, como nas hipóteses relativas a cortes marciais e a procedimentos perante tribunais militares sob leis de guerra. A formação do grande júri americano é essencialmente de juízes leigos, diferentemente do que tem acontecido nos Tribunais Internacionais, os quais têm evitado qualquer tipo de participação leiga nos julgamentos. Ainda como nota diferenciadora, cumpre acrescentar que a vedação à apelação do promotor de justiça contra vereditos de absolvição expressa o poder de veto de que o júri é investido em face do poder persecutório estatal. Essa regra não é aplicada em nenhum sistema em que juízes decidem questões de culpa e inocência e, conseqüentemente, não é reconhecida pelo sistema internacional. Há, tipicamente, uma única apelação simples, dirigida à câmara de apelação do tribunal internacional.

<sup>1381</sup> Sexta Emenda à Constituição Americana: “Em todos os procedimentos criminais, o acusado terá o direito a um julgamento público e rápido, por um júri imparcial do Estado e do distrito onde o crime teria sido cometido, distrito que terá sido previamente determinado por lei, e de ser informado da natureza e da causa da acusação; de ser confrontado com as testemunhas da acusação; de fazer citar por todas as vias legais testemunhas a seu favor, e de ter assistência de um advogado para sua defesa”.

<sup>1382</sup> A compreensão política baseada na simples forma de que ao Congresso se fornecem poderes legislativos, ao Presidente, poderes executivos e às Cortes, poderes judiciários é absolutamente inadequada

detrimento da União (divisão de poderes entre o governo federal e estadual), são temas centrais no debate da política americana há mais de 200 anos. Esses dois temas representam, primordialmente, as duas dimensões em que se manifesta, de forma mais acentuada, o federalismo no Governo norte-americano: a divisão de poderes e responsabilidades entre os entes governamentais federais de um lado, e a relação de poder entre os diversos Estados, incluídos, aqui, os Governos locais e o poder nacional, de outro. Cumpre asseverar, quanto a este último aspecto, apesar do fato de que as Constituições Estaduais criam, em seu bojo, parte da estrutura característica do sistema federativo, que os Estados não são entes federais. As administrações dos condados e das cidades fazem parte da estrutura estatal<sup>1383</sup>, todavia, superando todas as controvérsias já envolvidas, é consenso político e jurídico que a Constituição Americana<sup>1384</sup> é, em relação a todos os atos e normas da administração pública executiva, legislativa e judiciária, suprema, estando, ainda, no topo da hierarquia normativa americana, segundo regulação expressa da própria Constituição, em seu art. 6, cláusula 2: “as leis dos Estados Unidos são editadas em virtude dela e todos os tratados celebrados ou que se celebrarem estão sob a autoridade da Constituição dos Estados Unidos”<sup>1385</sup>.

Assim, em que pese a afirmação acima, acerca da rígida autonomia dos Estados, todo e qualquer ato normativo estadual, - incluídas, aqui, as constituições estaduais -, está subordinado diretamente à Constituição dos Estados Unidos<sup>1386</sup>, bem como à sua legislação federal e tratados federais incorporados. Em duas oportunidades, a Suprema Corte americana deixou explícito que os tratados ostentam hierarquia legal

---

em qualquer país democrático, estando, ainda mais, presente, nos dois níveis de Governo, na política institucional norte-americana.

<sup>1383</sup> KATZ, Richard S. *Political institutions in United States, Comparative political Institutions*, Oxford University Press, publicado na Oxford University office. In: New York, 2007, p. 3, 36.

<sup>1384</sup> A Constituição Americana tem, por característica marcante, a sua brevidade, essência essa que a torna visceralmente passível de ambiguidade e de mudanças linguísticas interpretativas (de acordo com a evolução do pensamento social refletido nas decisões da Suprema Corte).

<sup>1385</sup> No original: “*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land...*” (art. 6º, seção 8ª, cláusula 2, primeira parte, da Constituição dos Estados Unidos).

<sup>1386</sup> Segundo Marshall, “a Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la”. Segundo ele, se o povo conquistou uma constituição escrita, não pode o Congresso, a qualquer tempo, modificá-la através de alguma legislação ordinária ou inferior, pois, caso contrário, as constituições seriam “absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável” (MARSHALL, John. “William Marbury contra James Madison – Sessão de fevereiro de 1803 (I, repertório de Cranch, 137-180)”, In: Decisões constitucionais de Marshall, (trad. e organização Américo Lobo), Rio de Janeiro: Imprensa Nacional: 1903, p. 25).

superior a todos os atos normativos estaduais, estando a eles subordinados, portanto, uma lei estadual já existente, qualquer lei estadual superior e mesmo a própria Constituição estadual<sup>1387</sup>. Como decorrência lógica desse preceptivo constitucional, as autoridades judiciárias estaduais, em todas as suas manifestações, estão, da mesma forma, vinculados à Constituição e ao corpo legislativo federal, tendo o legislador originário americano, entretanto, insistido em deixar expressa essa assertiva<sup>1388</sup>.

As dificuldades com os mecanismos cooperativos norte-americanos não são diferentes da imensa maioria dos países. A extradição internacional ativa ou passiva que envolva os EUA encontra seu norte nas disposições dos tratados firmados em cada caso específico ou em pactos de reciprocidade, em que, no possível, são contempladas as regras da *interstate rendition*<sup>1389</sup>, assim como postas no Título 18 do Código Federal Penal e Processual Penal dos EUA (*United States Code*)<sup>1390</sup>. Os EUA podem extraditar pessoas que tenham cometido crimes violentos contra seus nacionais em países estrangeiros, para o devido processamento ou punição, independentemente de tratado<sup>1391</sup>.

Os EUA são, de regra, bastante cooperativos com a extradição que atenda os requisitos postos, sendo que seu procedimento, embora envolva diversos órgãos e jurisdições<sup>1392</sup>, também é relativamente rápido<sup>1393</sup>, todavia questões de geopolítica podem

---

<sup>1387</sup> U.S. Supreme Court, *Ware v. Hylton*, 3 U.S. 3 Dall. 199 199, 1796, <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/3/199/case.html>, Acesso em: 23/01/12, às 22:00 hs; U.S. Supreme Court, *Hauenstein v. Lynham*, 100 U.S. 483, 1879, <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/100/483/>, Acesso em: 23 jan. 2012, às 23 h.

<sup>1388</sup> No original: “...*the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding*” (art. 6º, seção 8ª, cláusula 2, segunda parte, da Constituição dos Estados Unidos).

<sup>1389</sup> Extradição de um dos estados dos Estados Unidos ou um de seus territórios, de acordo com procedimento autorizado pela Constituição dos Estados Unidos e por atos do Congresso.

<sup>1390</sup> Existe recente manual do *Department of State* acerca de extradição a ser solicitada aos EUA, Disponível em: <http://www.state.gov/documents/organization/86813.pdf>. Acesso em: 21 ago.2015.

<sup>1391</sup> As emendas de 1996 ao art. 18 da Constituição americana permitiram aos Estados Unidos extraditar, sem levar em conta a existência de um tratado, pessoas (exceto os cidadãos, nacionais ou residentes permanentes dos Estados Unidos) que tenham cometido crimes de violência contra cidadãos dos Estados Unidos em países estrangeiros (Disponível em: <http://www.justice.gov/usam/usam-9-15000-international-extradition-and-related-matters#9-15.100>. Acesso em: 21 ago 2015).

<sup>1392</sup> Na extradição a partir dos EUA, o pedido será recebido pelas vias diplomáticas (uma das embaixadas em Washington-D.C. ou, inexistindo representação do Estado nos EUA, diretamente ao Departamento de Estado), que encaminharão os pedidos ao Departamento de Estado (*Department of State*), para análise de sua admissibilidade. O pedido é, então, submetido ao Escritório de Assuntos Estrangeiros do Departamento de Justiça (*Office of International Affairs/Criminal Division - Department of Justice*) para, após avaliação de sua validade e correta instrução, encaminhamento ao *United States Attorney's Office* do distrito judiciário em que se localiza o requerido. O *United States Attorney's Office* obtém um mandado, detém e traz detido o requerido à presença do magistrado, ocasião em que se procede conforme o contraditório do *United States Code*. Se o Juízo concluir pela extradição, envia uma ordem de extradição ao Secretário de Estado, a fim de que este decida se porá o requerido à disposição do Estado requerente. Em

interferir em concessões de extradições, já que os EUA costumam ser bastante internacionalmente orientados por desafios a seus interesses econômicos, militares e de poder propriamente dito<sup>1394</sup>. Vale acrescentar a cláusula hegemônica pela qual os EUA não libertam, entregam ou extraditam pessoas acusadas de crimes políticos em países por eles ocupados<sup>1395</sup>. Como regra, os EUA não extraditam seus nacionais, seus cidadãos ou seus residentes permanentes<sup>1396</sup>, sendo já assente que o papel do Judiciário na extradição não deve vincular, de todo, a sua efetivação. O juiz é chamado à interpretação de leis e à verificação de atendimento de pressupostos, em acepção jurídica, remanescendo o Secretário de Estado com sua análise política, amparada constitucionalmente. Assim, se, após todo o trâmite, o Juízo concluir pela extradição, envia uma ordem de extradição, que – ressalte-se, é autorizativa - ao Secretário de Estado, a fim de que este decida se porá o requerido à disposição do Estado requerente. Em caso positivo, o Escritório de Assuntos Estrangeiros o comunica e acerta com o Estado requerido o momento de entrega e suas circunstâncias.

Os Estados Unidos são parte de mais de 150 tratados de extradição<sup>1397</sup> e, em alguns casos, os juízes são chamados a interpretar disposições dos tratados. Em outros

---

caso positivo, o Escritório de Assuntos Estrangeiros o comunica e acerta com o Estado requerido o momento de entrega e suas circunstâncias.

<sup>1393</sup> O *Department of Justice* dos EUA, por meio dos *Offices of the United States Attorneys*, divulga *guideline* acerca de extradição que envolva a referida federação norte-americana (Disponível em: <http://www.justice.gov/usam/usam-9-15000-international-extradition-and-related-matters#9-15.100>. Acesso em: 21 ago. 2015).

<sup>1394</sup> Embora não envolva diretamente questão de extradição, mas de refúgio humanitário no Canadá contra pretensão supostamente injusta dos EUA, a postura canadense no caso Hinzman (<http://www.refworld.org/pdfid/4716146a1a.pdf>, acesso em 21/08/2015) é um exemplo recente de como a força hegemônica dos EUA pode influenciar decisões de Nações de tradição soberana e *status* geopolítico elevado. Também os casos Assange (<http://casestudies.Law.harvard.edu/the-wikileaks-incident-background-details-and-resources/>. Acesso em: 21 ago 2015) e Snowden ([http://www.nola.com/politics/index.ssf/2014/08/russia\\_grants\\_edward\\_snowden\\_r.html](http://www.nola.com/politics/index.ssf/2014/08/russia_grants_edward_snowden_r.html), acerca do asilo russo. Acesso em: 21 ago 2015; e <http://www.thelocal.de/20150319/us-threatened-germany-over-snowden-asylum-claim>, sobre pressão dos EUA sobre a Alemanha para não concessão de asilo, acesso em 21/08/2015) representam bem o fenômeno.

<sup>1395</sup> *United States Code, Title 18, Part II, Chapter 209, § 3185.*

<sup>1396</sup> *United States Code, Title 18, Part II, Chapter 209, § 3181.*

<sup>1397</sup> Os EUA têm tratados de extradição vigentes com um grande número de países, especialmente na América e Europa: Albânia, Antígua e Barbuda, Argentina, Austrália, Áustria, Bahamas, Barbados, Bélgica, Belize, Bolívia, Brasil, Bulgária, Burma, Canadá, Chile, Colômbia, Congo, Costa Rica, Cuba, Chipre, república Tcheca, Dinamarca, Dominica, República Dominicana, Equador, Egito, El Salvador, Estônia, Fiji, Finlândia, França, Gâmbia, Alemanha, Gana, Grécia, Granada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Hong Kong, Hungria, Islândia, Índia, Iraque, Irlanda, Israel, Itália, Jamaica, Japão, Jordânia, Quênia, Quiribati, Coreia do Sul, Letônia, Lesoto, Libéria, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Malawi, Malásia, Malta, Maurício, México, Mônaco, Nauru, Holanda, Nova Zelândia, Nicarágua, Nigéria, Noruega, Paquistão, Panamá, Papua-Nova Guiné, Paraguai, Peru, Filipinas, Polônia, Portugal, Romênia, São Cristóvão e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e as Granadinas, San Marino, Seicheles, Serra Leoa, Cingapura, Eslovênia,

casos, pode-se exigir dos juízes que estes exerçam o seu poder discricionário sobre áreas não abordadas nos tratados ou estatutos, incluindo processos de fiança, descoberta, identificação e os pedidos de prova incomuns. A esse respeito, o Canadá, a Europa Ocidental, o Japão, a Austrália e a Nova Zelândia têm histórico de elevada cooperação com os EUA no que concerne à extradição<sup>1398</sup>.

Nos EUA, cartas rogatórias são pedidos formais de cooperação judiciária feitos por um Juízo em um Estado a um Juízo em outro Estado<sup>1399</sup>. Após sua emissão, processam-se pelas vias diplomáticas ou são remetidas diretamente entre autoridades judiciárias. São destinadas, primariamente, a litigantes não estatais, que não se encontrem com poder de requerimento amparado em Tratados de Assistência Judiciária Mútua (*Mutual Legal Assistance Treaties – MLAT’s*). Em contraste aos *MLAT’s*, entretanto, as cartas rogatórias não têm base em tratados, de maneira que não existe garantia de que o Juízo ou Estado requerido responderá positivamente e, se o fizer, de como atuará.

Usualmente, ao avaliar pedido assecuratório de provas localizadas no exterior, deduzidos por meio de cartas rogatórias, os Juízos consideram: se a prova é destinada à comprovação de ausência de dolo ou culpa; se existem, cumulativamente, provas mais facilmente acessíveis nos EUA; se o pedido de provas foi tempestivo; se o atraso inerente ao cumprimento de uma carta rogatória seria justificável, diante de uma prova necessária à garantia de um julgamento justo. Veja-se que, diferentemente do Brasil, nos EUA, partes do processo podem, no interesse de suas teses dentro do sistema adversarial da *Common Law*, solicitar ao magistrado o envio de uma carta rogatória.

O cumprimento da rogatória está ainda sujeito à discricionariedade, baseada em princípios e regras internas do Estado receptor, portanto, o que se deseja obter por meio da rogatória, muitas vezes, pode não ser alcançado e, se o for, não na mesma medida que o

---

Eslováquia, Ilhas Salomão, África do Sul, Espanha, Sri Lanka, Suriname, Suazilândia, Suécia, Suíça, Tanzânia, Tailândia, Tonga, Trinidad e Tobago, Turquia, Tuvalu, Reino Unido, Uruguai, Venezuela, Iugoslávia (Os EUA consideram válido o tratado firmado com a República fragmentada para tratativas com os Estados sucessores), Zâmbia, Zimbábue (Disponível em: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/international-extradition-guide-hedges-fjc-2014.pdf/\\$file/international-extradition-guide-hedges-fjc-2014.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/international-extradition-guide-hedges-fjc-2014.pdf/$file/international-extradition-guide-hedges-fjc-2014.pdf). Acesso em: 21 ago. 2015).

<sup>1398</sup> Todos são países membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD – <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/>), alguns membros do G7 ([https://www.g7germany.de/Webs/G7/EN/Home\\_en/home\\_node.html](https://www.g7germany.de/Webs/G7/EN/Home_en/home_node.html)) e alguns de tradição de *Common Law*, o que, certamente, facilita o entendimento recíproco.

<sup>1399</sup> Um guia para juízes sobre cartas rogatórias destinadas à obtenção de provas, elaborado em 2014, pode ser acessado em *Federal Judicial Center, International Litigation Guide*: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/mlat-lr-guide-funk-fjc-2014.pdf/\\$file/mlat-lr-guide-funk-fjc-2014.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/mlat-lr-guide-funk-fjc-2014.pdf/$file/mlat-lr-guide-funk-fjc-2014.pdf).

seria nos EUA. O uso de rogatórias, em regra, tem repercutido em atrasos nos processos em curso nos EUA que a eles recorrem, sobretudo porque sua utilização pode envolver, antes do cumprimento, uma relativamente longa fase de verificação de sua admissibilidade judicial, em especial, quando envolve produção de provas em processos criminais<sup>1400</sup>.

Nos pedidos de cooperação judicial originados em um Juízo estrangeiro aos EUA (Carta Rogatória *Incoming*<sup>1401</sup>), a Suprema Corte dos EUA, em decisão *Intel Corp. versus Advanced Micro Devices*<sup>1402</sup>, decidiu que as Cortes distritais têm discricionariedade ampla para decidirem sua cooperação com Juízos estrangeiros, no que concerne à permissão de produção de elementos que contribuam para procedimentos penais destes. Na mesma decisão, a Suprema Corte fixou que o Juízo estadunidense pode moderar um pedido de produção de provas para torná-lo menos oneroso e, assim, passível de cumprimento.

De acordo com o Departamento de Estado dos EUA, não há tratado ou convenção vigente sobre o reconhecimento e cumprimento de julgamentos estrangeiros entre os EUA e qualquer outro país<sup>1403</sup>. Ressalta, ainda, que, entre diversas outras, a principal razão para tal ausência de acordos internacionais decorre da percepção pelos Estados estrangeiros de que condenações pecuniárias dos EUA são excessivas, de acordo com suas noções de responsabilização, e de que a questão seria afeta às legislações domésticas dos países e à cortesia internacional, e não a um reconhecimento de extraterritorialidade de jurisdição, como entende, em muitos casos, a Suprema Corte dos EUA<sup>1404</sup>.

Também nos Estados Unidos, o mecanismo cooperativo de transferência de presos somente se processa mediante tratados bilaterais e convenções multilaterais<sup>1405</sup>.

---

<sup>1400</sup> [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/mlat-lr-guide-funk-fjc-2014.pdf/\\$file/mlat-lr-guide-funk-fjc-2014.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/mlat-lr-guide-funk-fjc-2014.pdf/$file/mlat-lr-guide-funk-fjc-2014.pdf), p. 17-18. Acesso em: 26 ago.2015.

<sup>1401</sup> Vide [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/mlat-lr-guide-funk-fjc-2014.pdf/\\$file/mlat-lr-guide-funk-fjc-2014.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/mlat-lr-guide-funk-fjc-2014.pdf/$file/mlat-lr-guide-funk-fjc-2014.pdf), pp. 18-21. Acesso em: 26 ago.2015.

<sup>1402</sup> Disponível em: <https://www.Law.cornell.edu/supct/html/02-572.ZO.html>, acesso em 21/08/2015.

<sup>1403</sup> Disponível em: <http://travel.state.gov/content/travel/english/legal-considerations/judicial/enforcement-of-judgments.html>. Acesso em: 21 ago.2015.

<sup>1404</sup> *Ibid.*

<sup>1405</sup> Os EUA são signatários de tratados bilaterais que preveem a transferência de presos com Bolívia, Canadá, França, Hong Kong, México, Panamá, Peru, Tailândia e Turquia, além de acordos multilaterais com o Conselho da Europa e diversos Estados americanos. Disso decorre que os EUA têm acordos para transferência de presos com: Albânia, Andorra, Argentina, Armênia, Austrália, Áustria, Geórgia, Alemanha, Grécia, Guatemala, Honduras, Hong Kong, Noruega, Holanda (incluindo Antilhas e Aruba), Palau, Panamá, Paraguai, Peru, Azerbaijão, Hungria, Polônia, Bahamas, Islândia, Portugal, Bélgica, Índia, Romênia, Belize, Irlanda, Rússia, Bermuda, Israel, San Marino, Bolívia, Itália, Arábia Saudita, Bósnia-Herzegovina, Japão, Sérvia, Brasil, Coréia do Sul, Eslováquia, Bulgária, Letônia, Eslovênia, Canadá, Liechtenstein, Espanha, Chile, Lituânia, Suécia, Costa Rica, Luxemburgo, Suíça, Croácia, Macedônia, Tailândia, Chipre, Malta,



Grande parte da cooperação judiciária internacional dos EUA se processa pelas vias instituídas em tratados bilaterais, convenções e acordos multilaterais sobre diversas matérias (*MLAT's - Mutual Legal Assistance Treaties*)<sup>1406</sup>, hodiernamente com destaque para o Acordo sobre Assistência Judiciária Mútua entre EUA e UE e Convenção Interamericana de Assistência Mútua em Matéria Criminal. Não existe uma lei de assistência judiciária mútua nos EUA como no Canadá e em países europeus. De fato, a matéria é tratada caso a caso, segundo os instrumentos firmados com outros Estados ou entendimentos dos Juízos estadunidenses. Como no Brasil, a ausência de uma lei específica faz com que os pedidos sejam processados consoante as disposições da legislação interna e dos tratados, acordos e convenções respectivos, dificultando, pela fragmentariedade das previsões, uma cooperação uniforme e efetiva.

## **12.4 - Dos crimes de transcendência internacional no ordenamento jurídico da América do Norte.**

### **12.4.1 – O crime de tráfico de drogas no ordenamento jurídico norte-americano**

Os Estados Unidos da América cunharam o termo e utilizam grandes empenhos estatais para a chamada *War on Drugs*, modalidade de combate irrestrito à posse e tráfico de drogas que buscaram exportar para o mundo, inclusive via Nações Unidas. Com efeito,

---

Tonga, República Tcheca, Ilhas Marshall, Trinidad e Tobago, Dinamarca, Maurício, Turquia, Equador, México, Ucrânia, El Salvador, Micronésia, Reino Unido, Estônia, Moldávia, Uruguai, Finlândia, Montenegro, Venezuela, França, Nicarágua e territórios ultramarinos britânicos (Anguila, Ilhas Caimã, Gibraltar, Montserrat, Acrotíri e Deceleia, Santa Helena e sua dependências, Território Britânico do Oceano Índico, Ilha Ducie, Ilha Oeno, Ilha Henderson, Pitcairn, Ilhas Virgens Britânicas, Ilhas Malvinas e Ilha de Man) (Disponível em: <http://www.justice.gov/criminal-oeo/list-participating-countries>. Acesso em: 21 ago. 2015).

<sup>1406</sup> Existem *MLAT's* vigentes entre os EUA e Antígua e Barbuda, Argentina, Austrália, Áustria, Bahamas, Barbados, Bélgica, Belize, Brasil, Canadá, Chipre, República Tcheca, Dominica, Egito, Estônia, França, Alemanha, Grécia, Granada, Hong Kong, Hungria, Índia, Irlanda, Israel, Itália, Jamaica, Japão, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Malásia, México, Marrocos, Holanda (incluindo ultramar), Nigéria, Panamá, Filipinas, Polônia, Romênia, Rússia, Santa Lúcia, São Cristóvão e Nevis, São Vicente e as Granadinas, África do Sul, Coreia do Sul, Espanha, Suécia, Suíça, Tailândia, Trinidad e Tobago, Turquia, Ucrânia, Reino Unido (inclusive ultramar), Uruguai e Venezuela, além de todos os demais membros da União Europeia que não tenham sido citados. Alguns *MLAT's* multilaterais vigentes e importantes são: Convenção Interamericana de Assistência Mútua em Matéria Criminal, Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, Convenção Internacional para Supressão de Financiamento ao Terrorismo e a Convenção das Nações Unidas sobre Drogas.

desde o início do século XX, os EUA proibiram, por duas vezes<sup>1407</sup>, o consumo e venda de álcool em todo o seu território, além de terem sido o país que levou o combate à *Cannabis* ao grau mais elevado, em discurso que igualava os alcaloides da planta aos entorpecentes e narcóticos com maior poder de adição, de instigação à violência e de prejuízo mental, em uma luta que, durante muito tempo, foi bem sucedida em fazer a *Cannabis* ser tratada, em quase todo o globo, como tão nociva quanto os opiáceos ou derivados de coca. O sistema atualmente vigente nos EUA é aquele de Guerra contra as Drogas engendrado pelo Presidente Richard Nixon, nos idos da Guerra Fria, com atualização recente, em 2012, em que se defendeu que não mais tratava-se propriamente de uma *War on Drugs*, embora tenha fixado que, diferentemente de muitas políticas públicas de nações europeias, não teria foco em controle de drogas por meio de legalização, e sim em investimentos em pesquisas de destacados acadêmicos acerca das doenças de drogação, acrescentando que não haveria mensuração de sucesso da política por número de prisões efetivadas<sup>1408</sup>.

De toda sorte, a lei penal vigente em âmbito federal é o *U.S. Code, Title 21, Chapter 13, Subchapter I, Part D*, correspondente parte do *Controlled Substances Act*<sup>1409</sup>. Destaca-se, da extensa legislação americana, que, a despeito de substâncias expressamente mencionadas em alguns tipos penais, a legislação penal antidrogas trata de substâncias controladas (narcóticas, entorpecentes, proibidas, de uso médico para situações clínicas definidas, precursores e outros), são definidas pelo *Controlled Substances Act*. Nos casos das proibições gerais dos §§ 841, 842 e 843, nos chamados *Prohibition Acts A, B e C*, vê-se gradação de penas em abstrato, de acordo com a quantidade e a natureza da substância, bem assim a desatendimentos de regras de controle e dispensa. A legislação federal deixa aberta, em alguns tipos penais, a possibilidade de incidência de pena de morte, que será inicialmente admissível de acordo com sua adoção, ou não, pelo Estado Federado com penalidade penal para tais modalidades de hipóteses delitivas.

---

<sup>1407</sup> *Amendment XVIII of the United States Constitution; e National Prohibition Act 1919;*

<sup>1408</sup> Como o próprio Governo dos EUA reconhece, os Departamentos de Justiça, Estado e Tesouro têm buscado agressivamente encorajar Governos estrangeiros a cooperar em investigações conjuntas em face de condutas com envolvimento de tráfico de entorpecentes e de branqueamento de capitais, ofertando a possibilidade de se partilharem os ativos confiscados. Outro ponto de pressão tem sido encorajar o uso dos recursos advindos do partilhamento para o aparelhamento dos mecanismos de combate ao tráfico de entorpecentes. O terceiro objetivo, mais a longo prazo, tem sido o estímulo à adoção de legislações e ambientes que possibilitem investigações, processamentos e confiscos domésticos nos âmbitos do tráfico ilícito de entorpecentes e do branqueamento de capitais.

<sup>1409</sup> Disponível em: <http://www.fda.gov/regulatoryinformation/legislation/ucm148726.htm#cntlsbd>. Acesso em 10 dez. 2015.

A reincidência específica, em alguns casos, assim como o resultado indicado em lei (grave dano à higidez de indivíduo em razão do uso da substância controlada ou sua morte) podem elevar as sanções abstratas para as condutas criminais, além de repercutir, nos casos expressos e na medida em que fixada para cada crime, em vedação a livramentos condicionais ou mesmo a audiências de avaliação de liberação antes de cumprimento integral da pena privativa de liberdade. Além disso, são marcantes as previsões de, após o cumprimento da sanção privativa de liberdade propriamente dita, períodos de liberdade supervisionada que podem ter razoavelmente longa duração. Constitui crime o uso de qualquer meio de comunicação, público ou privado, com o fim de, no cometimento ou na facilitação de cometimento de crimes atinentes a drogas controladas indicadas, transmitir escritos, símbolos, sinais, figuras e sons de quaisquer tipos, incluídos telefone, comunicação sem fio, rádio e todos os outros meios de comunicação.

A lei prevê que pessoas na posse de certas quantidades de algumas substâncias controladas, na forma definida pelo Procurador Geral (*Attorney General*), podem configurar montante destinado a uso pessoal sejam sancionadas com penalidade cível de natureza pecuniária. Prevê-se, ainda, a possibilidade de prisão perpétua ou pena de morte – obviamente, a depender das legislações estaduais e das circunstâncias fáticas –, adicionalmente, às penas específicas de outros ilícitos envolvendo drogas, por envolvimento ou auxílio à empreitada criminosa continuada; por homicídio doloso; por aconselhamento, ordenação, indução, intermediação ou causa homicídio doloso; por, ao tentar evitar apreensão, processamento ou cumprimento de sentença por crimes relativos a drogas que indicar, praticar, aconselhar, ordenar, induzir, intermediar ou causar homicídio doloso de qualquer agente federal, estadual ou de cumprimento de lei local, inclusive os de atribuições exclusivas para fiscalização de condicional, penas correicionais, destacados para atribuições pertinentes a audiência de *parole*, no exercício de suas funções.

O sistema penal federal estadunidense prevê pena agravada para o fato de qualquer pessoa a partir de 18 (dezoito) anos que distribua droga a menor de 21 (vinte e um) anos de idade, em violação às regras estatuídas em lei para dispensação legítima de substâncias<sup>1410</sup>. Qualquer pessoa que viole a lei de drogas mediante distribuição, processamento com intenção de distribuir, manufatura de substância controlada de ou para uma área de mil pés ao redor de propriedades correspondentes a escolas fundamentais, de

---

<sup>1410</sup> O agravamento não incide, todavia, por expressa previsão, em casos respeitantes a 5 ou menos gramas de *Cannabis*.

ensino médio, técnicas, sejam públicas ou privadas, bem como faculdades, universidades, área de recreação (*playground*), estabelecimento de alojamento de propriedade de uma autoridade pública de alojamento ou ao redor de cem pés de centro privado de juventude, de uma piscina pública, ou de um estabelecimento de fliperamas (*video arcade facility*) também tem penas abstratas mais graves, salvo nos casos respeitantes a 5 ou menos gramas de *Cannabis*<sup>1411</sup>. A lei define, mais adiante, os conceitos exatos de tais locais, que não são deixados à exegese discricionária ou de base consuetudinária do julgador, além de outras especificidades<sup>1412</sup>.

Seguindo a linha já evidenciada quanto à política pública de foco na punição mais agressiva aos crimes que envolvam metanfetamina, o §860 dispõe que a manufatura, a distribuição, a posse com o fim de manufatura ou a distribuição de metanfetamina, seus sais, seus isômeros ou seus sais de isômeros em circunstâncias tais em que haja presença de menor de 18 anos ou em local em que menor de 18 anos resida, implicará crime com pena independente. A lei estadunidense criminaliza, outrossim, a conduta de, em violação à lei de drogas, dolosamente e com conhecimento da gravidez, prover ou distribuir qualquer substância controlada para uma mulher grávida. O §863 trata das *drug paraphernalia*, instrumentos que, no mais das vezes e na maior parte dos países ocidentais, não são, por si só, ilícitos, porém, segundo a lei penal estadunidense, são a base de alguns tipos penais: vender ou oferecer à venda *drug paraphernalia*; usar correios ou outro estabelecimento de comércio interestadual para transportar *drug paraphernalia*; importar ou exportar *drug paraphernalia*<sup>1413</sup>.

---

<sup>1411</sup> Pratica crime aquele que, contando com, no mínimo, 21 anos de idade, dolosamente e tendo ciência da idade do cooptado, empregue, contrate, use, persuada, induza, alicie ou coaja pessoa menor de 18 anos de idade, com o fim de distribuir drogas nas imediações de escolas ou *playgrounds*; empregue, contrate, use, persuada, induza, alicie ou coaja pessoa menor de 18 anos de idade com o fim de auxiliar a fuga à detenção ou apreensão por crimes acima referidos da lei de drogas por qualquer agente federal, estadual ou oficial de cumprimento da lei local. Em tais casos, a lei veda a suspensão da execução da sentença judicial, bem como a concessão de liberdade condicional.

<sup>1412</sup> Como exemplaridade, a empreitada criminosa continuada que envolve metanfetamina, seus sais, isômeros ou sais de isômeros eleva substancialmente os valores de repercussão pecuniária a serem prestados pelos eventuais criminosos. Em uma extensa lista de atividades, a lei penal, grosso modo, torna ilícito o manejo, para qualquer fim e de qualquer modo, de recursos obtidos direta ou indiretamente de crimes que envolvam drogas, embora pareça dedicar mais atenção à proteção do mercado securitário, de pensões, do comércio e do sistema de valores mobiliários.

<sup>1413</sup> Interessante observar a minúcia com que a lei descreve o que são *drug paraphernalia*, a saber: a) a descrição geral antecede a enumeração de sucessivos instrumentos e corresponde a equipamento, produto ou material de qualquer natureza que seja primariamente destinado ou desenhado para uso na manufatura, mistura, conversão, ocultação, produção, preparação, injeção, ingestão, inalação ou outro meio de introdução de substância controlada no corpo humano que seja considerado ilegal por esta lei; b) especificadamente: metal, madeira, acrílico, vidro, pedra, plástico ou cachimbos de cerâmica com ou sem telas, cabeças de

O §864 dedica-se particularmente à amônia anidra, mostrando semelhante escolha política do legislador estadunidense quanto à metanfetamina. A amônia anidra tem uso bastante associado a misturas de cocaína para preparação de formulações menos puras ou para preparação de *crack*. Como a amônia anidra é, todavia, importante composto para a diferentes indústrias legais, as condutas penalmente tipificadas a seu respeito concernem a: roubo/furto do químico; transporte do químico roubado/furtado através das divisas estaduais, sabendo, pretendendo ou tendo razoáveis motivos para crer que a substância será utilizada para a manufatura de drogas, em violação à lei de drogas. A lei também criminaliza o contrabando de metanfetamina ou seus precursores químicos para os territórios dos Estados Unidos da América, valendo-se de programas de entrada facilitada. É um tipo penal obviamente transnacional e que tem, como elementar, que o agente seja beneficiário e faça parte de programa facilitado de acesso imigratório, como o *Visa Waiver Program*<sup>1414</sup>, ou quaisquer outras facilidade e isenções para entrada diferentes de um visto tradicional.

Também na senda de atacar as condutas transnacionais, mas, desta feita, as que tenham envolvimento de agentes no exercício de múnus de controle sobre entrada de pessoas e substâncias no território dos Estados Unidos da América, há agravamento da pena abstrata, em até 15 anos, se: o agente criminoso estiver afetado a ou agindo em nome de qualquer pessoa ou entidade afetada a qualquer via de acesso suburbana dedicada, qualquer sistema de inspeção acelerada ou alternativa ou qualquer outro programa de entrada facilitada administrados ou aprovados pelo Governo Federal estadunidense para

---

haxixe ou tigelas de metal perfuradas; cachimbos d'água; instrumentos e tubos de combustão; máscaras para fumar ou de combustão; pinças, correspondendo a objetos utilizados para segurar material ardente, como cigarros de *Cannabis* que tenham se tornado muito pequenos ou muito curtos para serem segurados com a mão; colheres miniatura com capacidades de um décimo de centímetro cúbico ou menos; cachimbos com câmara; cachimbos de combustão; cachimbos elétricos; cachimbos de ventilação; chillums para haxixe; bongos; cachimbo de refrigeração ou chiller; papéis para fechar cigarros; quites de pasta-base de cocaína; c) podem, a depender das circunstâncias do caso, serem considerados *drug paraphernalia*: instruções, orais ou escritas, fornecidas com o item e concernentes a seu uso; materiais descritivos que acompanhem o item que explicitem ou descrevam seu uso; propaganda local e nacional acerca de seu uso; o modo como o item está exposto à venda; se o proprietário do item ou alguém com seu controle for legítimo fornecedor de tais itens a comunidades, tal qual um distribuidor licenciado ou negociante de produtos de tabaco, o produto pode não ser *drug paraphernalia*; evidências diretas ou circunstanciais da proporção das vendas do item em relação ao total de vendas da empreitada comercial também podem evidenciar que o produto não seja *drug paraphernalia*; a existência e o fim dos usos legítimos do item na comunidade e o testemunho de expertos acerca desse uso podem, igualmente, excluir a ilicitude da conduta ou confirmá-la; d) não se aplicam as disposições típicas penais de *drug paraphernalia* caso: a pessoa seja autorizada pela lei local, estadual ou federal a manufaturar, possuir ou distribuir tais itens; qualquer item que, em seu uso normal em negócios, seja importado, exportado, transportado ou vendido por via postal e tradicionalmente destinado a uso com produtos de tabaco, incluídos quaisquer cachimbos, papeles ou acessórios.

<sup>1414</sup> Disponível em: <https://www.ustravel.org/issues/visa-waiver-program>. Acesso em: 18 dez. 2015.

uso como entrada nos Estados Unidos da América; se o agente tiver cometido o crime da lei de drogas, ao entrar nos Estados Unidos da América, por meio de uma de tais citadas vias, sistemas ou programas; em desfavor da pessoa que tiver sua pena agravada, nos termos do que aqui se expôs pesará permanente e irrevogável – trata-se de norma cogente que não estará afeta à discricionariedade do julgador – proibição de acesso ou candidatura ao uso de qualquer via, sistema ou programa acima descritos.

#### **12.4.2 - O crime de organização criminosa no ordenamento jurídico norte-americano**

O *National Security Council*<sup>1415</sup> da Casa Branca define crime organizado transnacional como aquele que concerne a associações autoadministradas de indivíduos que operam transnacionalmente, com o propósito de obter poder, influência, ganhos monetários e/ou comerciais, mediante práticas integral ou parcialmente ilegais, ao mesmo tempo que protegem suas atividades por meio de uma rede de corrupção e/ou violência, ou, ainda, por meio de estrutura transnacional que envolva exploração comercial transnacional ou de mecanismos de comunicação. Ressalta inexistir estrutura única sob a qual operem as organizações criminosas transnacionais, variando hierarquicamente de clãs a redes e células, dentre outras estruturas. Quanto aos crimes que cometem, também afirma serem de diversa sorte.

Por fim, destacam que os agentes criminosos, no âmbito de organizações criminosas transnacionais, agem de forma conspiratória e, usualmente: parte de seus atos são de natureza violenta, com o fim de intimidar, ameaçar ou criar ambiente de ameaça iminente; exploram diferenças entre países para alargar seus objetivos, enriquecendo sua organização, expandindo seu poder e/ou evitando prisão/detecção; esforçam-se para ganhar influência sobre governos, políticos e comércio, tanto por meios legítimos, quanto por meios corruptos; o benefício econômico é seu interesse primário, advindo não apenas de atividades de patente ilegalidade, mas também de investimentos e negócios legítimos; eles se empenham em isolar sua liderança e os membros da organização de detecções, sanções e/ou processamentos, através da estrutura organizacional.

---

<sup>1415</sup> Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/administration/eop/nsc/transnational-crime/definition>  
Acesso em: 22 fev 2016.

O *Organized Crime Control Act 1970* foi promulgado por meio de sanção do Presidente Richard Nixon e alterou o *US Code (Chapters 73,79,95,96, 216, 223 e 601)*. São, assim, condutas penais de crime organizado, a destacar: a) o *Chapter 95* traz as condutas intituladas como extorsão, abrangendo crimes violentos conectados à extorsão, transporte ou viagem em benefício de organizações criminosas e interferência no comércio sob ameaça de emprego de violência; b) o *Chapter 96* trata de organizações corruptas e influenciadas por extorsão, notadamente quando há influência sobre as atividades negociais por organizações criminosas, conhecido como *RICO Statute*<sup>1416</sup>. As previsões se coadunam com compromissos assumidos na Convenção de Palermo, assinada e ratificada com reservas (atinentes a seu princípio federalista e questões de jurisdição)<sup>1417</sup> pelos EUA, mas são tipificadas com técnica legislativa menos moderna que aquelas adotadas pelo Reino Unido e pela Alemanha.

Em 1970, entrou em vigor o *The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO), 18 U.S.C. §§ 1961-68 (1994)* – Lei de Combate a Organizações Corruptas e Influenciadas pelo Crime Organizado, cuja teleologia visa a enfrentar as organizações criminosas através da tipificação do ato de *racketeering* (empresa criminosa). A configuração dessa empresa advém da obtenção de recursos financeiros através da participação em qualquer empreendimento a qual siga um padrão correspondente a uma atividade de enriquecimento ilícito. Segundo a referida norma<sup>1418</sup> perfaz-se a prática de

---

<sup>1416</sup> Disponível em informação em: <https://www.justice.gov/usam/usam-9-110000-organized-crime-and-racketeering>. Acesso em: 3 mar. 2016.

<sup>1417</sup> Disponível em: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg\\_no=XVIII-12&chapter=18&lang=en#EndDec](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XVIII-12&chapter=18&lang=en#EndDec). Acesso em 3 mar. 2016.

<sup>1418</sup> *Sec. 1961. Definitions - As used in this chapter - (1) "racketeering activity" means (A) any act or threat involving murder, kidnapping, gambling, arson, robbery, bribery, extortion, dealing in obscene matter, or dealing in a controlled substance or listed chemical (as defined in section 102 of the Controlled Substances Act), which is chargeable under State Law and punishable by imprisonment for more than one year; (B) any act which is indictable under any of the following provisions of title 18, United States Code: Section 201 (relating to bribery), section 224 (relating to sports bribery), sections 471, 472, and 473 (relating to counterfeiting), section 659 (relating to theft from interstate shipment) if the act indictable under section 659 is felonious, section 664 (relating to embezzlement from pension and welfare funds), sections 891-894 (relating to extortionate credit transactions), section 1028 (relating to fraud and related activity in connection with identification documents), section 1029 (relating to fraud and related activity in connection with access devices), section 1081 (relating to the transmission of gambling information), section 1341 (relating to mail fraud), section 1343 (relating to wire fraud), section 1344 (relating to financial institution fraud), section 1425 (relating to the procurement of citizenship or nationalization unlawfully), section 1426 (relating to the reproduction of naturalization or citizenship papers), section 1427 (relating to the sale of naturalization or citizenship papers), sections 1461-1465 (relating to obscene matter), section 1503 (relating to obstruction of justice), section 1510 (relating to obstruction of criminal investigations), section 1511 (relating to the obstruction of State or local Law enforcement), section 1512 (relating to tampering with a witness, victim, or an informant), section 1513 (relating to retaliating against a witness, victim, or an informant), section 1542 (relating to false statement in application and use of passport), section 1543*

crime organizado, quando se identifica um dos nove crimes estaduais listados (homicídio, sequestro, jogo, incêndio, corrupção, extorsão, explorar/lidar com material obsceno e tráfico de drogas) ou um dos 35 crimes federais mencionados, acrescida a uma das seguintes condutas: a) uso do lucro obtido do *racketeering* num empreendimento comercial ou empresa que afete o comércio interestadual; b) adquirir ou manter, através de *racketeering*, o controle de empresa que exerça comércio interestadual; c) dirigir ou participar dos negócios da empresa, através de *racketeering*, afetando o comércio interestadual; d) participar das supra-aludidas atividades<sup>1419</sup>.

### 12.4.3 - O crime de tráfico de pessoas no ordenamento jurídico norte-americano

A despeito da larga legislação escrita preventiva, protetiva e referente a proibições de circulação de capital decorrente de tráfico de pessoas ou de sua constrição

---

*(relating to forgery or false use of passport), section 1544 (relating to misuse of passport), section 1546 (relating to fraud and misuse of visas, permits and other documents), sections 1581-1588 (relating to peonage and slavery), section 1951 (relating to interference with commerce, robbery, or extortion), section 1952 (relating to racketeering), section 1953 (relating to interstate transportation of wagering paraphernalia), section 1954 (relating to unlawful welfare fund payments), section 1955 (relating to the prohibition of illegal gambling businesses), section 1956 (relating to the laundering of monetary instruments), section 1957 (relating to engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity), section 1958 (relating to use of interstate commerce facilities in the commission of murder-for-hire), sections 2251, 2251A, 2252, and 2260 (relating to sexual exploitation of children), sections 2312 and 2313 (relating to interstate transportation of stolen motor vehicles), sections 2314 and 2315 (relating to interstate transportation of stolen property), section 2318 (relating to trafficking in counterfeit labels for phonorecords, computer programs or computer program documentation or packaging and copies of motion pictures or other audiovisual works), section 2319 (relating to criminal infringement of a copyright), section 2319A (relating to unauthorized fixation of and trafficking in sound recordings and music videos of live musical performances), section 2320 (relating to trafficking in goods or services bearing counterfeit marks), section 2321 (relating to trafficking in certain motor vehicles or motor vehicle parts), sections 2341-2346 (relating to trafficking in contraband cigarettes), sections 2421-2424 (relating to white slave traffic), (C) any act which is indictable under title 29, United States Code, section 186 (dealing with restrictions on payments and loans to labor organizations) or section 501(c) (relating to embezzlement from union funds), (D) any offense involving fraud connected with a case under title 11 (except a case under section 157 of this title), fraud in the sale of securities, or the felonious manufacture, importation, receiving, concealment, buying, selling, or otherwise dealing in a controlled substance or listed chemical (as defined in section 102 of the Controlled Substances Act), punishable under any Law of the United States, (E) any act which is indictable under the Currency and Foreign Transactions Reporting Act, or (F) any act which is indictable under the Immigration and Nationality Act, section 274 (relating to bringing in and harboring certain aliens), section 277 (relating to aiding or assisting certain aliens to enter the United States), or section 278 (relating to importation of alien for immoral purpose) if the act indictable under such section of such Act was committed for the purpose of financial gain.*

<sup>1419</sup> KAWAMOTO, Silvia Reiko. *Breves Apontamentos sobre o Crime Organizado e a Proteção à Testemunha na Itália e nos Estados Unidos*. São Paulo: Revista Justiça Penal n.º 7, Ed. RT, p. 426.



cautelar ou definitiva vigente nos EUA<sup>1420</sup>, bem como de tratados e convenções de Direito Internacional Público de que vêm a ser parte efetiva, a tipificação penal do tráfico transnacional de pessoas advém do *US Code*<sup>1421</sup>, a partir de inserção legal promovida pelo *Mann Act of 1910* e suas sucessivas emendas. A matéria está totalmente encerrada no *Chapter 117 do US Code*, que trata do “transporte para atividade sexual ilegal e crimes relacionados”, conforme se verifica na transcrição dos parágrafos/*Sections* pertinentes:

§2421

*Whoever knowingly transports any individual in interstate or foreign commerce, or in any Territory or Possession of the United States, with intent that such individual engage in prostitution, or in any sexual activity for which any person can be charged with a criminal offense, or attempts to do so, shall be fined under this title or imprisoned not more than 10 years, or both.*

§2422

*(a) Whoever knowingly persuades, induces, entices, or coerces any individual to travel in interstate or foreign commerce, or in any Territory or Possession of the United States, to engage in prostitution, or in any sexual activity for which any person can be charged with a criminal offense, or attempts to do so, shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both.*

*(b) Whoever, using the mail or any facility or means of interstate or foreign commerce, or within the special maritime and territorial jurisdiction of the United States knowingly persuades, induces, entices, or coerces any individual who has not attained the age of 18 years, to engage in prostitution or any sexual activity for which any person can be charged with a criminal offense, or attempts to do so, shall be fined under this title and imprisoned not less than 10 years or for life.*

§2423

*(a) Transportation With Intent To Engage in Criminal Sexual Activity. - A person who knowingly transports an individual who has not attained the age of 18 years in interstate or foreign commerce, or in any Commonwealth, territory or possession of the United States, with intent that the individual engage in prostitution, or in any sexual activity for which any person can be charged with a criminal offense, shall be fined under this title and imprisoned not less than 10 years or for life.*

*(b) Travel With Intent To Engage in Illicit Sexual Conduct. - A person who travels in interstate commerce or travels into the United States, or a United States citizen or an alien admitted for permanent residence in the United States who travels in foreign commerce, for the purpose of engaging in any illicit sexual conduct with another person shall be fined under this title or imprisoned not more than 30 years, or both.*

*(c) Engaging in Illicit Sexual Conduct in Foreign Places. - Any United States citizen or alien admitted for permanent residence who travels in foreign commerce, and engages in any illicit sexual conduct with another person shall be fined under this title or imprisoned not more than 30 years, or both.*

*(d) Ancillary Offenses. - Whoever, for the purpose of commercial advantage or private financial gain, arranges, induces, procures, or facilitates the travel of a person knowing that such a person is traveling in interstate commerce or foreign commerce for the purpose of engaging in illicit sexual conduct shall be fined under this title, imprisoned not more than 30 years, or both.*

*(e) Attempt and Conspiracy. - Whoever attempts or conspires to violate subsection (a), (b), (c), or (d) shall be punishable in the same manner as a completed violation of that subsection.*

<sup>1420</sup>

A tal respeito, confira-se página do Department of Homeland Security. Disponível em: <https://www.dhs.gov/human-trafficking-Laws-regulations>. Acesso em: 23 fev. 2016.

<sup>1421</sup>

Disponível em: <http://uscode.house.gov/browse/frontmatter&edition=prelim>. Acesso em: 7 mar. 2016.

*(f) Definition. - As used in this section, the term "illicit sexual conduct" means (1) a sexual act (as defined in section 2246) with a person under 18 years of age that would be in violation of chapter 109A if the sexual act occurred in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States; or (2) any commercial sex act (as defined in section 1591) with a person under 18 years of age.*

*(g) Defense. - In a prosecution under this section based on illicit sexual conduct as defined in subsection (f)(2), it is a defense, which the defendant must establish by a preponderance of the evidence, that the defendant reasonably believed that the person with whom the defendant engaged in the commercial sex act had attained the age of 18 years.*

**§2424**

*(a) Whoever keeps, maintains, controls, supports, or harbors in any house or place for the purpose of prostitution, or for any other immoral purpose, any individual, knowing or in reckless disregard of the fact that the individual is an alien, shall file with the Commissioner of Immigration and Naturalization a statement in writing setting forth the name of such individual, the place at which that individual is kept, and all facts as to the date of that individual's entry into the United States, the port through which that individual entered, that individual's age, nationality, and parentage, and concerning that individual's procurement to come to this country within the knowledge of such person; and Whoever fails within five business days after commencing to keep, maintain, control, support, or harbor in any house or place for the purpose of prostitution, or for any other immoral purpose, any alien individual to file such statement concerning such alien individual with the Commissioner of Immigration and Naturalization; or Whoever knowingly and willfully states falsely or fails to disclose in such statement any fact within that person's knowledge or belief with reference to the age, nationality, or parentage of any such alien individual, or concerning that individual's procurement to come to this country - Shall be fined under this title or imprisoned not more than 10 years, or both.*

*(b) In any prosecution brought under this section, if it appears that any such statement required is not on file in the office of the Commissioner of Immigration and Naturalization, the person whose duty it is to file such statement shall be presumed to have failed to file said statement, unless such person or persons shall prove otherwise. No person shall be excused from furnishing the statement, as required by this section, on the ground or for the reason that the statement so required by that person, or the information therein contained, might tend to criminate that person or subject that person to a penalty or forfeiture, but no information contained in the statement or any evidence which is directly or indirectly derived from such information may be used against any person making such statement in any criminal case, except a prosecution for perjury, giving a false statement or otherwise failing to comply with this section.*

**§2425**

*Whoever, using the mail or any facility or means of interstate or foreign commerce, or within the special maritime and territorial jurisdiction of the United States, knowingly initiates the transmission of the name, address, telephone number, social security number, or electronic mail address of another individual, knowing that such other individual has not attained the age of 16 years, with the intent to entice, encourage, offer, or solicit any person to engage in any sexual activity for which any person can be charged with a criminal offense, or attempts to do so, shall be fined under this title, imprisoned not more than 5 years, or both.*

**§2426**

*(a) Maximum Term of Imprisonment. - The maximum term of imprisonment for a violation of this chapter after a prior sex offense conviction shall be twice the term of imprisonment otherwise provided by this chapter, unless section 3559(e) applies.*

*(b) Definitions. - In this section - (1) the term "prior sex offense conviction" means a conviction for an offense - (A) under this chapter, chapter 109A, chapter 110, or section 1591; or (B) under State Law for an offense consisting of conduct that would have been an offense under a chapter referred to in paragraph (1) if the conduct had occurred within the special maritime and territorial jurisdiction of the United States; and (2) the term "State" means a State of the United States, the District of Columbia, and any Commonwealth, territory, or possession of the United States.*

**§2427**

*In this chapter, the term "sexual activity for which any person can be charged with a criminal offense" includes the production of child pornography, as defined in section 2256(8).*

§2428

*(a) In General. - The court, in imposing sentence on any person convicted of a violation of this chapter, shall order, in addition to any other sentence imposed and irrespective of any provision of State Law, that such person shall forfeit to the United States - (1) such person's interest in any property, real or personal, that was used or intended to be used to commit or to facilitate the commission of such violation; and (2) any property, real or personal, constituting or derived from any proceeds that such person obtained, directly or indirectly, as a result of such violation.*

*(b) Property Subject to Forfeiture. - (1) In general. - The following shall be subject to forfeiture to the United States and no property right shall exist in them: (A) Any property, real or personal, used or intended to be used to commit or to facilitate the commission of any violation of this chapter. (B) Any property, real or personal, that constitutes or is derived from proceeds traceable to any violation of this chapter. (2) Applicability of chapter 46. - The provisions of chapter 46 of this title relating to Civil forfeitures shall apply to any seizure or Civil forfeiture under this subsection.*

O tipo penal básico do tráfico transnacional de pessoas refere, como visto acima, ao transporte ou comércio de pessoa com o fim de empregá-la em prostituição ou qualquer outra atividade de natureza sexual que possa incidir em infração penal. Vê-se que, para a prostituição, desconsidera-se qualquer questionamento sobre se a atividade pode ou não ser infração penal, enquanto que, para qualquer outra atividade sexual, a afirmativa de tal indagação é pressuposto para a existência de crime de tráfico. Mais adiante, no §2423, complementa-se com tipo específico para casos em que o traficado seja menor de dezoito anos.

Em seguida, a lei penal estadunidense trata de tipos penais que envolvam, a partir do núcleo acima, a persuasão, a indução, a instigação ou coação de pessoa para atividade de tráfico, com tipo específico e pena mais grave, se a vítima contar com menos de 18 anos de idade. O §2423, além da conduta penalmente relevante já acima indicada, traz três previsões que merecem destaque: a) cidadão estadunidense ou estrangeiro com residência permanente legal nos EUA que viaje em atividade de comércio exterior, com o fim de se engajar em conduta sexual ilícita; b) cidadão estadunidense ou estrangeiro com residência permanente legal nos EUA que viaje em atividade de comércio exterior e efetivamente se engaje em conduta sexual ilícita; c) a persuasão, a indução, a instigação ou coação de pessoa para a prática do crime descrito na alínea "a" acima.

Como conduta sexual ilícita, a lei define, para os efeitos desse parágrafo, o ato sexual, comercial ou que viole a lei estadunidense, com pessoa menor de 18 anos. O § 2425 pune, por antecipação de escolha social do que merece reprimenda penal, conduta

com natureza de ato preparatório de tráfico transnacional de pessoas, qual seja: por via postal ou qualquer outro meio, iniciar transmissão de dados de pessoa menor de 16 anos de idade, com o fim de instigar, encorajar, oferecer ou solicitar o engajamento de pessoa em atividade sexual punível penalmente. Por fim, o §2427, em norma de conteúdo de interpretação autêntica, deixa claro que a produção de pornografia infantil está incluída entre as atividades sexuais ilícitas.

#### **12.4.4 - O crime de branqueamento de capitais no ordenamento jurídico norte-americano**

A história do combate ao branqueamento de capitais tem necessária passagem pela história dos EUA (seja geral, policial ou judicial), país em que se desenvolveram, em larga escala, no início do século XX, durante a *Prohibition Era*, organizações criminosas prósperas, que exploravam venda de bebidas alcoólicas, prostituição, jogos de azar e outras atividades, e revestiam seus dividendos em lucros lícitos por meio de lavanderias de fachada e outros negócios<sup>1422</sup>. A partir daí, os EUA aperfeiçoam sua rede de combate e criaram figuras típicas penais, sendo membro ativo do FATF-GAFI<sup>1423</sup>.

Em suma, há três hipóteses penalmente reprovadas de branqueamento de capitais, sendo uma delas especificamente transnacional: a) conduzir uma transação financeira, com ciência de que os recursos envolvidos são provenientes ou relacionados a atividade ilícita, com o fim de promover a condução de atividade ilegal específica; engajar-se em evasão ou fraude fiscais; ter conhecimento de que a operação se destina a disfarçar a natureza, fonte, propriedade, controle ou fonte dos recursos; ter conhecimento de que a transação se destina a evitar fiscalização ou controle previsto em leis federal ou estadual<sup>1424</sup>; b) no mesmo caso acima, à exceção da intenção de engajar-se em evasão ou

---

<sup>1422</sup> Disponível em: [http://www.anti-moneylaundering.org/Money\\_Laundering.aspx](http://www.anti-moneylaundering.org/Money_Laundering.aspx) Acesso em 24/02/2016.

<sup>1423</sup> Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/countries/#United States> Acesso em 7/03/2016. Os *Offices of the United States Attorneys* do *Department of Justice* estadunidense traz um panorama sucinto, mas abrangente, dessa tipificação penal, em link disponível no sítio <http://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-2101-money-laundering-overview>. Acesso em 24/02/2016.

<sup>1424</sup> Nesse caso, é imprescindível que os recursos sejam, de fato, concernentes a crimes indicados no *US Code* - 18 U.S.C. § 1956(c)(7) ou 18 U.S.C. § 1961(1).

crimes fiscais, se os recursos ou fundos são transportados, transmitidos ou transferidos internacionalmente, sendo que, no caso de intenção de promover a condução de atividade ilegal específica, a lei não exige que os recursos e os fundos tenham sido provenientes de crimes específicos; c) conduzir ou tentar conduzir transação financeira concernente a propriedade oriunda de atividade ilícita ou, ainda, utilizada para conduzir ou facilitar atividade ilícita específica, com o fim de promover atividade ilegal específica; engajar-se em evasão ou fraude fiscais; ter conhecimento de que a operação se destina a disfarçar a natureza, fonte, propriedade, controle ou fonte dos recursos; evitar que a operação seja submetida a controle por instrumento previsto em lei estadual ou federal.

A controvertida competência penal extraterritorial ampla dos EUA manifesta-se na previsão de jurisdição para branqueamento de capitais, sempre que o valor das transações exceder 10.000 dólares estadunidenses; se cometida por cidadão estadunidense ou se parte da conduta se processar nos EUA<sup>1425</sup>. Complementarmente, o §1957 do *US Code* criminaliza condutas como branqueamento de capitais, despidas de intenção no tipo penal, mas que preencham o requisito de excederem as respectivas transações derivadas de ilícito a soma de 10.000 dólares estadunidenses. No caso, disposição interpretativa legislativa fixa que o conhecimento da ilicitude da origem dos recursos pelo agente seja vinculada à figura delitiva específica prevista em lei não é elementar do crime.

#### **12.4.5 - O crime de corrupção no ordenamento jurídico americano**

O *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 e emendas subsequentes alteraram o *US Code* para criar o atual sistema repressivo penal de corrupção transnacional estadunidense<sup>1426</sup>. Da maioria das condutas enumeradas, poucas têm sanção de natureza penal, as quais seguem transcritas:

§78dd-2  
(a) *Prohibition*

---

<sup>1425</sup> Disponível em: <http://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-2101-money-laundering-overview>. Acesso em: 24 fev. 2016.

<sup>1426</sup> Disponível plano geral do tema em: <http://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em: 24 fev. 2016.

*It shall be unlawful for any domestic concern, other than an issuer which is subject to section 78dd-1 of this title, or for any officer, director, employee, or agent of such domestic concern or any stockholder thereof acting on behalf of such domestic concern, to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to—*

*(1) any foreign official for purposes of—*

*(A) (i) influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity,*

*(ii) inducing such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official, or (iii) securing any improper advantage; or*

*(B) inducing such foreign official to use his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality*

*§78dd-3*

*(a) Prohibition*

*It shall be unlawful for any person other than an issuer that is subject to section 78dd-1 of this title or a domestic concern (as defined in section 78dd-2 of this title), or for any officer, director, employee, or agent of such person or any stockholder thereof acting on behalf of such person, while in the territory of the United States, corruptly to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce or to do any other act in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to—*

*(1) any foreign official for purposes of—*

*(A) (i) influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity,*

*(ii) inducing such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official, or (iii) securing any improper advantage; or (B) inducing such foreign official to use his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality in order to assist such person in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person;*

*(2) any foreign political party or official thereof or any candidate for foreign political office for purposes of— (A) (i) influencing any act or decision of such party, official, or candidate in its or his official capacity, (ii) inducing such party, official, or candidate to do or omit to do an act in violation of the lawful duty of such party, official, or candidate, or (iii) securing any improper advantage; or (B) inducing such party, official, or candidate to use its or his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality, in order to assist such person in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person;*

*or (3) any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given, or promised, directly or indirectly, to any foreign official, to any foreign political party or official thereof, or to any candidate for foreign political office, for purposes of— (A) (i) influencing any act or decision of such foreign official, political party, party official, or candidate in his or its official capacity, (ii) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such foreign official, political party, party official, or candidate, or (iii) securing any improper advantage; or (B) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to use his or its influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality, in order to assist such person in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.*

Extraindo-se da letra da lei acima, têm-se como condutas penalmente típicas de corrupção transnacional nos EUA, inicialmente, as seguintes: a) a utilização por qualquer diretor, oficial, empregado ou agente de interesse doméstico ou qualquer

acionista que aja com amparo em interesse doméstico, de correspondência ou qualquer meio de comércio corruptamente, pela oferta, pagamento, promessa de pagamento, ou autorização de pagamento de quantia em dinheiro ou oferta, promessa de entrega, ou autorização de entrega de qualquer coisa de valor a: a') qualquer oficial estrangeiro com o fim de: a'') influenciá-lo em seus atos ou decisões oficiais; b'') induzi-lo a fazer ou deixar de fazer algo, em violação a seu dever legal funcional; c'') assegurar alguma vantagem indevida; b') induzindo oficial estrangeiro a usar sua influência com um Governo estrangeiro ou qualquer meio apto a afetar ou influenciar ato ou decisão de tal Governo.

Um segundo núcleo de tipo, com suas subespécies, configura-se a partir das seguintes previsões: b) qualquer diretor, oficial, empregado ou agente dessas pessoas ou qualquer acionista que aja com amparo em interesse dessas pessoas, enquanto no território dos Estados Unidos da América, que utilize correspondência ou qualquer meio de comércio ou qualquer outra prática corruptamente, pela oferta, pagamento, promessa de pagamento, ou autorização de pagamento de quantia em dinheiro ou oferta, promessa de entrega, ou autorização de entrega de qualquer coisa de valor a: a') qualquer oficial estrangeiro com o fim de: a'') influenciá-lo em seus atos ou decisões oficiais; b'') induzi-lo a fazer ou deixar de fazer algo, em violação a seu dever legal funcional; c'') assegurar alguma vantagem indevida; b') induzindo oficial estrangeiros a usar sua influência com um governo estrangeiro ou qualquer meio apto a afetar ou influenciar ato ou decisão de tal governo; c') qualquer partido político estrangeiro, ou ocupante de ou candidato a posto político estrangeiro com o fim de: a'') influenciá-lo em seus atos ou decisões oficiais ou dentro da alçada da candidatura ou partido; b'') induzi-lo a fazer ou deixar de fazer algo, em violação a dever legal; c'') assegurar alguma vantagem indevida; d'') induzi-los a usar influência do cargo, candidatura ou partido para afetar ou influenciar qualquer ato ou decisão do governo respectivo, a fim de assistir o agente na obtenção ou manutenção de empreitadas negociais ou, ainda, facilitar negócios para outrem; d') pessoa que, com ciência de que a totalidade ou parcela de quantia em dinheiro ou valor será dada, oferecida ou prometida a qualquer partido político estrangeiro, ou ocupante de ou candidato a posto político estrangeiro com o fim de: a'') influenciá-lo em seus atos ou decisões oficiais ou dentro da alçada da candidatura ou partido; b'') induzi-lo a fazer ou deixar de fazer algo, em violação a dever legal; c'') assegurar alguma vantagem indevida; d'') induzi-los a usar influência do cargo, candidatura ou partido para afetar ou influenciar qualquer ato ou

decisão do governo respectivo, a fim de assistir o agente na obtenção ou manutenção de empreitadas negociais ou, ainda, facilitar negócios para outrem.

#### **12.4.6 – O crime de terrorismo no ordenamento jurídico norte-americano**

Os EUA, certamente, são uma das nações que mais sofreram impacto do terrorismo transnacional, sendo de grande destaque os sequestros coordenados de aeronaves que culminaram com o ataque e a derrubada do complexo das torres do World Trade Center, ao sul da cidade de Nova Iorque. No que tange à legislação penal incriminadora, todavia, os EUA não são muito pródigos de textos, optando por disposições sucintas e abrangentes no *US Code* – o que, por seguirem tradição de *Common Law*, é, decerto, amplamente normatizado pela via de precedentes judiciais, conforme pode-se conferir na transcrição:

*(a)PROHIBITED ACTS.—*

*(1)OFFENSES.—Whoever, involving conduct transcending national boundaries and in a circumstance described in subsection (b)—*

*(A) kills, kidnaps, maims, commits an assault resulting in serious bodily injury, or assaults with a dangerous weapon any person within the United States; or*

*(B) creates a substantial risk of serious bodily injury to any other person by destroying or damaging any structure, conveyance, or other real or personal property within the United States or by attempting or conspiring to destroy or damage any structure, conveyance, or other real or personal property within the United States; in violation of the Laws of any State, or the United States, shall be punished as prescribed in subsection (c).*

*(2)TREATMENT OF THREATS, ATTEMPTS AND CONSPIRACIES.— Whoever threatens to commit an offense under paragraph (1), or attempts or conspires to do so, shall be punished under subsection (c).*

Em suma, é terrorismo transnacional, segundo a lei penal escrita dos EUA, em contexto de conduta que trespasse as fronteiras nacionais dos EUA e nas circunstâncias indicadas em lei: a) matar, sequestrar, lesionar, praticar assalto resultante em séria lesão corporal ou mediante emprego de arma de fogo qualquer pessoa em território estadunidense; b) criar um risco substancial de séria lesão corporal para qualquer pessoa, mediante destruição ou dano a qualquer estrutura, conveniência ou outra propriedade, imóvel ou pessoal, no interior das fronteiras estadunidenses ou pela tentativa ou



conspiração para destruir ou danificá-las; c) qualquer tentativa ou conspiração para a prática das condutas acima.

As circunstâncias da lei são, expressamente, coincidentes com as bases jurisdicionais do tipo penal: a) a correspondência ou qualquer unidade de comércio exterior é utilizada para a prática do terrorismo; b) a conduta de terrorismo obstrui, atrasa ou afeta comércio exterior ou teria vindo a lográ-lo, se consumada; c) a vítima efetiva ou pretendida é o Governo dos EUA, membro dos chamados serviços uniformizados ou qualquer oficial, membro, servidor ou agente do Legislativo, Executivo ou Judiciário ou de qualquer departamento ou agência estadunidenses; d) a estrutura, conveniência ou outra propriedade imóvel ou pessoal é, no todo ou em parte, possuída, de domínio ou arrendadas ou alugadas aos EUA, ou qualquer de seus departamentos e agências; e) o crime é cometido no mar territorial de soberania estadunidense, incluído o espaço aéreo, o leito oceânico e o subsolo que lhe corresponde, bem assim em ilhas artificiais ou estruturas erigidas pelos EUA nessas ilhas; f) o crime é cometido no interior dos limites de jurisdição marítima ou territorial especial dos EUA.

Fora o crime específico do terrorismo transnacional, o *US Code* prevê a criminalização de uso, tentativa, ameaça e conspiração para uso de armas de destruição em massa de pessoas ou propriedades nos EUA ou contra cidadão estadunidense fora dos EUA<sup>1427</sup>; como também se o agente do ilícito for cidadão estadunidense no estrangeiro (§§2332a e 2332b). Por fim, são punidos o homicídio de cidadão estadunidense no estrangeiro e o massacre de pessoas nos EUA, sua tentativa e a conspiração para tanto; assim como a violência, cometida no estrangeiro, com intenção de ou efetiva lesão a cidadão estadunidense. É condição objetiva de procedibilidade, a ser aferida pelo *Federal Attorney* responsável pelo caso, que o fato seja cometido em contexto de coação, intimidação ou retaliação ao Governo ou à população civil (§2332).

---

<sup>1427</sup> Tanto os Estados Unidos da América (U.S.Code, Title 50, ch. 40) quanto a União Européia (EU Strategy Against WMD, Bruxelas, 2003) incluem, na categoria armas químicas e tóxicas, agentes biológicos infecciosos e materiais radioativos, bem como explosivos de grande magnitude ou incendiários. No âmbito internacional, destacamos a Resolução XII da 23ª Conferência de Cruz Vermelha (Bucareste, 1957) que foca armamentos nucleares.

## C - Reino Unido

### 12.5 – O sistema jurídico do Reino Unido de cooperação penal internacional

A Constituição inglesa não é, metodologicamente falando, uma constituição escrita, sendo seus elementos constitutivos compostos da derivação de diversas fontes legislativas, entre as quais se aponta, como mais antiga, a Magna Carta de 1215. A Constituição inglesa consiste, por um aspecto, em um corpo de normas escritas, leis antigas, que consagram os resultados dos conflitos constitucionais na história, como a *Carta Magna* (1215), o *Bill of Rights* (1688) e o *Act of Settlement* (1700) e, por outro, em convenções não-escritas, como a doutrina do precedente obrigatório, segundo a qual os tribunais devem sempre obedecer às leis parlamentares e a *Rule of Law*<sup>1428</sup>. O exemplo mais típico e tradicional de Constituição não escrita é exatamente a Constituição do Reino Unido, já que esta não se embasa em um único documento escrito, mas em uma série de atos elaborados pelo Parlamento, conjugados com os costumes e as convenções sedimentadas historicamente<sup>1429</sup>.

A visão cotidiana é, na verdade, no sentido de inexistir, na Inglaterra, um verdadeiro texto fundamental. Verdadeiramente, além do aspecto de considerar que lá exista uma Constituição costumeira ou uma Constituição não escrita, não se pode afastar a conclusão de que não há, no referido ordenamento, leis fundamentais que não possam ser revogadas pelo Parlamento como qualquer outra lei. Nesse sentido, diz-se que o Direito só é fundamental, quando não pode ser alterado ou revogado por procedimento legislativo ordinário e, no sistema britânico, não há nada que impeça o Parlamento de suspender o *habeas corpus* ou o julgamento por júri, embora ambas sejam tidas como as mais

---

<sup>1428</sup> CHENUT, Charles-Henry. Interesses e contrastes do direito francês dos contratos: abordagem comparativa entre os sistemas de *Civil Law* e de *Common Law* in Estudos de direito comparado e de direito internacional, Ed. Juruá 2011, p.154.

<sup>1429</sup> Esta última característica é apontada por Kelsen como o principal diferencial entre as Constituições escritas e não escritas, sendo as primeiras constituídas por normas criadas por atos do Parlamento, e as últimas formadas pelo Costume (KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Trad: Luís Carlos Borges, 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 371). Bolingbroke, citado por Mcilwain, fornece uma boa definição da Constituição Inglesa, *in verbis*: "...by constitution we mean, whenever we speak with propriety and exactness, that assemblage of Laws, institutions and customs, derived from certain fixed principles of reason, directed to certain fixed objects of public good, that compose the general system, according to which the community hath agreed to be governed....omissis... We call this a good government when ...omissis... the whole administration of public affairs is wisely pursued, and with a strict conformity to the principles and objects of the constitution" (MCILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo Antíguo y Moderno*. Tradução: Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 41-87).

relevantes instituições do sistema. Gough aponta que na Inglaterra o Parlamento é uma legislatura soberana, portanto, “não há Direito fundamental nesse sentido na moderna constituição britânica”<sup>1430</sup>.

No sistema inglês, toda e qualquer norma, seja ela escrita ou não, pode ser abolida pelos métodos tradicionais e comuns a qualquer tipo de legislação ordinária, tendo em vista o *sacro-princípio* da Soberania Parlamentar. Alguns juristas argumentam, a partir daí, que uma Carta Constitucional com direitos irrevogáveis seria incompatível com o sistema britânico, eis que o único limite ao poder legal do Parlamento seria o de não poder diminuir sua soberania ou onipotência jurídica”<sup>1431</sup>. Esse princípio legitima o Parlamento Britânico a, ilimitadamente, aprovar qualquer lei, de qualquer conteúdo, a qual nem o Poder Judiciário tem a possibilidade de não aplicar ou declarar nula. O próprio Parlamento, entretanto, pode, facilmente, por meio de lei simples, revogar qualquer lei ou convenção dentro do ordenamento jurídico britânico. Sob essas hostes, não há, no sistema jurídico inglês, nenhum catálogo de direitos ou liberdades totalmente fora do alcance do onipotente Parlamento Britânico, sendo este, segundo já se declarou, uma “patente anomalia do mundo ocidental”<sup>1432</sup>.

O princípio do *Sovereignty of Parliament* tem, nas últimas décadas, entretanto, sofrido atenuações, apontando-se como relevante, em 1972, o famoso caso *Factortame Ltd. V. Secretary of State for Transport*, em que ficou assentada a prevalência não só das normas comunitárias, como da própria Convenção Europeia de Direitos Humanos sobre o ordenamento interno ordinário, podendo os tribunais ingleses (a exemplo de todos os tribunais nacionais em todos os Estados-Membros) tornar inaplicáveis leis nacionais que infrinjam o Direito europeu. Ainda em 1972, o *European Communities Act*, conferiu ao Direito Comunitário europeu hierarquia superior em face de leis formais aprovadas pelo Parlamento<sup>1433</sup>.

---

<sup>1430</sup> GOUGH, J. W., *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford, 1955, p. 02.

<sup>1431</sup> WADE, H. W. R. *The basis of legal sovereignty*, *Cambridge Law Journal*, 1955, p. 182.

<sup>1432</sup> VAN CAENEGEM, R. C. Juizes, Legisladores e Professores. (Coletânea Teoria e Filosofia do Direito) Rio de Janeiro: Ed. Campus Jurídico, Elsevier, 2010, p. 15.

<sup>1433</sup> Destacando a tensão entre monarca e parlamento, Desttut de Tracy aponta que a eventual união entre esses dois poderes representa a própria negação da liberdade (TRACY, Desttut de. *Commentaire sur L'Esprit des lois de Montesquieu*. Paris: Librairie Delaunay. 1819, p. 172-173). A vértebra do princípio estabelecido na obra de Montequieu é, sem dúvida, a crítica ao despotismo (FETSCHER, Iring. *La Ilustración em Francia: La Enciclopédia*, Montesquieu, Rosseau. In: VALLESPÍN, F. *Historia de La teoria política*, v. III. Madrid: Alianza Editorial, 1991, p. 102).

A partir do *Human Rights Act*, de 1998, ficou definido que as normas do direito inglês devem ser interpretadas de acordo com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, além da possibilidade de suas cortes declararem a incompatibilidade de uma lei (incluindo leis substancialmente constitucionais) que for contrária à Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>1434</sup>. Assim, desde a decisão *Factortame* até o *Human Rights Act*, a relativização do princípio da Soberania do Parlamento inglês deve, cada vez mais, mudar a atitude dos juízes ingleses perante a legislação, já que passarão a não aplicar uma norma nacional que, no caso concreto, infringir uma norma europeia.

As relações entre os poderes, é certo, assumiu uma nova e fundamental roupagem a partir da aprovação da Lei de Direitos Humanos de 1998. Com a entrada em vigor da referida Lei, o Poder Judiciário obteve a permissão de sujeitar todos os atos e o funcionamento do Poder Executivo aos comandos legais, estando as autoridades administrativas, a partir de então, sob as hostes do controle e fiscalização jurisdicional<sup>1435</sup>, entretanto tal ato normativo alterou apenas o modelo constitucional de posicionamento do Poder Judiciário frente ao Executivo, pois manteve inalterada a superioridade do Poder Legislativo, ao garantir a permanência do dogma da soberania parlamentar.

Na Inglaterra, o Poder Judiciário, através de sua Corte Suprema, diferentemente do que ocorre com países como os Estados Unidos da América, adeptos, também, da *Common Law*, e do Brasil, partidário da *Civil Law*, não tem o poder de declarar que as leis promulgadas pelo Parlamento são inconstitucionais, portanto, inválidas. A Lei de Direitos Humanos (*Human Rights Act*) criou, entretanto, uma inovação no ordenamento jurídico inglês: a admissão das declarações de incompatibilidade, que conferem ao Judiciário poderes para declarar que uma lei editada pelo Poder Legislativo é contrária aos direitos humanos protegidos pelo ordenamento jurídico<sup>1436</sup>. Através da referida Declaração, pode a Suprema Corte declarar um ato do Parlamento como sendo incompatível com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

---

<sup>1434</sup> *Human Rights Act*, art. 3 (1): *So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.*

<sup>1435</sup> Também a Reforma Constitucional de 2005, em sua seção 3, buscando tornar mais presente, em solo inglês, a independência do Judiciário e a própria Teoria da Separação dos Poderes, impediu que o Executivo pudesse influenciar, de algum modo, os juízes.

<sup>1436</sup> Passou a existir na Inglaterra, desse modo, um típico controle de convencionalidade, isto é, compatibilidade dos atos do Parlamento com os direitos humanos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Tal declaração, entretanto, não suspende nem invalida o ato legislativo declarado incompatível, não havendo, portanto, qualquer tipo de efeito vinculante para o Parlamento. Essa declaração de incompatibilidade é instituto conhecido também no ordenamento jurídico alemão, embora com efeitos jurídicos outros, quando comparado com o sistema inglês. No caso do sistema alemão, quando a Corte Constitucional restringe-se a declarar uma norma apenas *incompatível com a Lei Fundamental (Unvereinbarerklärung)*, o efeito, diferentemente do sistema inglês, é a suspensão da regra considerada inconstitucional, não havendo, entretanto, ao contrário da declaração direta de inconstitucionalidade do Direito alemão, nulidade da norma, tampouco efeito *ex tunc*.

A Reforma Constitucional de 2005, buscando, talvez, atenuar as máculas à Teoria da Tripartição dos Poderes, criou a Suprema Corte do Reino Unido, que, em 2009, substituiu o Comitê de Apelação da Câmara dos Lordes, órgão que, por pertencer ao Parlamento, misturava as funções legislativas e judiciais, já que os Lordes eram a última instância do Poder Jurisdicional Britânico. A Suprema Corte do Reino Unido é responsável por, em última instância, tratar e reger as controvérsias de interesse social, indicando padrões e regramentos que devem ser seguidos. A uniformidade dada às regras jurídicas pela Suprema Corte do Reino Unido tem especial importância, já que, no sistema britânico, cada país tem seu sistema jurídico próprio. Muito embora a criação da Suprema Corte tenha, à primeira vista, representado a definitiva separação entre órgão legiferante e órgão julgador, como visto acima, a Corte, materialmente, não detém poderes de invalidar os atos normativos emanados do Poder Legislativo, eis que o Sistema de Soberania Parlamentar permanece inalterado no sistema jurídico britânico<sup>1437</sup>.

O Reino Unido da Grã-Bretanha (Inglaterra, País de Gales e Escócia) e Irlanda do Norte<sup>1438</sup> abrange diversos territórios ultramarinos, os quais, entretanto, muitas vezes, estão sujeitos à regulação diferenciada acerca de cooperação penal internacional<sup>1439</sup>. O Reino Unido é membro da União Europeia, mas não aderiu ao Tratado de Schengen de livre circulação de pessoas, portanto, não está tão integrado ao sistema de cooperação que

---

<sup>1437</sup> SLAPPER, Gary; KELLY, David. O Sistema Jurídico Inglês. Trad. Marcílio Moreira de Castro. 1ª ed. brasileira. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011, página 191.

<sup>1438</sup> Disponível em: <http://www.worldatlas.com/webimage/countrys/europe/ukgb.htm>. Acesso em: 24 ago 2015.

<sup>1439</sup> Na linha do Direito Internacional Público moderno, o Reino Unido abandonou a ideia de colônias e dependências subordinadas à autoridade de Londres pela estrutura de *overseas territories*, com governos próprios e legislações autônomas, ainda que sujeitos à autoridade da Rainha. Veja-se: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/98668/overseas-territories.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/98668/overseas-territories.pdf). Acesso em: 24 ago 2015.

se tem implementado na área Schengen<sup>1440</sup>. Contudo é inegável o compromisso do Reino Unido com a repressão da criminalidade transnacional e com a formação de ambiente de cooperação eficaz e fundado em confiança, sobretudo com seus parceiros da Europa, do Atlântico Norte, com a Austrália e com a Nova Zelândia<sup>1441</sup>.

Em regra, a cooperação jurídica entre o Reino Unido, os EUA, o Canadá e a Nova Zelândia parece ser mais ágil ou efetiva do que a prestada entre Reino Unido e Europa continental. Tal se justifica, em larga medida, por serem todos os Estados do primeiro grupo majoritariamente de tradições políticas, jurídicas e administrativas que se têm por típicas de *Common Law*, o que facilita o reconhecimento recíproco de processos e a compreensão do ambiente processual penal, especialmente da condução dos julgamentos (papéis de partes e juízes) e das provas.

Ademais, é inegável que a relação histórica do Reino Unido com a formação dessas outras nações é bastante intensa, eis que as colonizou e suas sociedades, durante certo tempo, tentaram espelhar parte do modo de vida britânico. Inclusive o Canadá, a Austrália e a Nova Zelândia, além de fazerem parte da *Commonwealth*, reconhecem a monarca britânica como sua Chefe de Estado<sup>1442</sup>. Essa identificação e aproximação divergem bastante da postura que os britânicos mantêm em relação à Europa continental, que não compartilha sua língua nem tradição jurídica. Esse afastamento se evidencia, principalmente, pelo que se costuma chamar *euroceticismo* britânico, traduzido, na mais ampla margem, em sua negativa de aderir à moeda única continental, em sua negativa a constituir uma área de livre circulação de pessoas com a Europa continental e em seus frequentes movimentos políticos e sociais de tendência à saída da União Europeia<sup>1443</sup>.

---

1440

[http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?sidc=64657&idc=1365&idsc=31624&ida=107511](http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=64657&idc=1365&idsc=31624&ida=107511), acesso em 20/08/2015. Sobre Acordo Schengen, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:l33020>, acesso em 20/08/2015. Membros da UE em [http://europa.eu/about-eu/countries/index\\_pt.htm](http://europa.eu/about-eu/countries/index_pt.htm), acesso em 20/08/2015. Membros do Espaço Schengen em [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/index_en.htm), acesso em 20/08/2015.

<sup>1441</sup> Países com os quais têm largo histórico de cooperação em diversos setores, sendo de destacar os acordos de informações de segurança denominados Five Eyes (<https://www.privacyinternational.org/?q=node/51>, acesso em 24/08/2015) e os diversos que existem no âmbito da Europa e entre a Europa e a América anglo-saxã, com outro destaque para o Grupo dos 7 ([https://www.g7germany.de/Webs/G7/EN/Home\\_en/home\\_node.html](https://www.g7germany.de/Webs/G7/EN/Home_en/home_node.html), acesso em 24/08/2015).

<sup>1442</sup> <http://theCommonwealth.org/member-countries>. Acesso em: 24 ago. 2015.

<sup>1443</sup> Sobre euroceticismo, <http://www.cardiff.ac.uk/insrv/resources/edc/Euroscepticism.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2015.

Verdadeiramente, as jurisdições ditas mistas são mais aptas às experiências do moderno Direito Internacional Público, e, especialmente, os sistemas de tradições jurídicas semelhantes tendem a se comunicar melhor no que concerne aos mecanismos desse ramo do Direito<sup>1444</sup>. Que se registre, entretanto, que a inclinação eurocentrífuga do Reino Unido em direção as suas ex-colônias *de sucesso* não exclui o desenvolvimento de cooperação administrativa e judicial em elevado nível com seus parceiros da Europa continental. Existem, de fato, mecanismos intraeuropeus de cooperação dos quais participa ativamente o Reino Unido, conferindo acessos a seus parceiros que não franqueiam a EUA, Canadá, Austrália ou Nova Zelândia<sup>1445</sup>, todavia, como já dito, a cooperação com suas ex-colônias tende a se desenvolver de modo mais livre e espontâneo, dadas as similitudes de sistema jurídico e linguístico.

Os pedidos de extradição formulados por outros Estados ao Reino Unido<sup>1446</sup> são submetidos apenas a dois graus de decisão, quais sejam: o Secretário de Estado e o âmbito judicial<sup>1447</sup>. São, portanto, dirigidos ao Secretário de Estado que, encontrando pedido formalmente válido, emite certificado e o remete ao Judiciário. Normalmente, devem acompanhar o pedido de extradição: informações sobre o requerido; informações sobre o crime ou suposto crime e suas circunstâncias; um mandado de prisão preventiva ou certidão de trânsito em julgado de sentença condenatória; provas e/ou informações que

---

<sup>1444</sup> PICKER, Colin B. *International Law's Mixed Heritage: A Common/Civil Law Jurisdiction*, 1084 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. v. 41:1083, Disponível em: [http://www.vanderbilt.edu/jotl/manage/wp-content/uploads/Picker\\_final\\_7.pdf](http://www.vanderbilt.edu/jotl/manage/wp-content/uploads/Picker_final_7.pdf). Acesso em: 24 ago. 2015.

<sup>1445</sup> Por exemplo, o *European Arrest Warrant*, de que se tratará adiante, e os mecanismos atinentes à Europol (<https://www.europol.europa.eu/content/page/member-states-131>. Acesso em: 24 ago 2015).

<sup>1446</sup> Abrange Albânia, Argélia, Andorra, Antígua e Barbuda, Argentina, Armênia, Austrália, Azerbaijão, Bahamas, Bangladesh, Barbados, Belize, Bolívia, Bósnia e Herzegovina, Botswana, Brasil, Brunei, Canadá, Chile, Colômbia, Ilhas Cook, Croácia, Cuba, Dominica, Equador, El Salvador, Fiji, Gâmbia, Geórgia, Gana, Grana, Guatemala, Guiana, Hong Kong, Haiti, Islândia, Índia, Iraque, Israel, Jamaica, Quênia, Quiribati, Lesoto, Libéria, Líbia, Liechtenstein, Macedônia, Malauí, Malásia, Maldivas, Maurício, México, Moldávia, Mônaco, Montenegro, Nauru, Nova Zelândia, Nicarágua, Nigéria, Noruega, Panamá, Papua-Nova Guiné, Paraguai, Peru, Rússia, São Cristóvão e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e as Granadinas, San Marino, Sérvia, Seicheles, Serra Leoa, Cingapura, Ilhas Salomão, África do Sul, Sri Lanka, Suazilândia, Suíça, Tanzânia, Tailândia, Tonga, Trinidad e Tobago, Turquia, Tuvalu, Uganda, Ucrânia, Emirados Árabes Unidos, EUA, Uruguai, Vanuatu, Samoa Ocidental, Zâmbia e Zimbábue.

<sup>1447</sup> *Guidelines* do Governo britânico disponíveis em <https://www.gov.uk/mutual-legal-assistance-mla-requests> e [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/415038/MLA\\_Guidelines\\_2015.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/415038/MLA_Guidelines_2015.pdf), ambas com acesso em: 24 ago. 2015.

justifiquem a expedição de mandado de prisão no Reino Unido. Alguns países são inclusive isentos de fornecer *prima facie* provas de seus pedidos de extradição<sup>1448</sup>.

Na audiência de extradição, o juiz deve colher os elementos a favor da extradição e de defesa do requerido, bem como verificar se o pedido atende aos requisitos do *Extradiction Act 2003*<sup>1449</sup>, incluído, quando cabível, dupla incriminação e provas *prima facie* de prática delitiva; se não se aplicam obstáculos à extradição (v.g. prescrição); se o pedido é compatível com o *Human Rights Act 1998*<sup>1450</sup>. A Corte decidirá, então, pela extradição ou contra seu deferimento. No caso de deferimento, o caso é enviado novamente ao Secretário de Estado, que avaliará se a entrega é vedada<sup>1451</sup>. Se o Secretário de Estado entender que é o caso de extradição, o requerido deve ser retirado do Reino Unido em até 28 dias; caso decida pela não extradição, o requerido será imediatamente posto em liberdade.

A Assistência Judicial Mútua *Mutual Legal Assistance (MLA)* é um método de cooperação entre Estados, com o fim de obter assistência para investigação ou processamento criminais que pode envolver cooperação administrativa ou judicial e, no Reino Unido, tem por base o *Crime International Co-operation Act 2003 (CICA)*<sup>1452</sup>, a partir do qual os pedidos são formulados por meio de cartas. Nas jurisdições de *Civil Law*, elas também podem ser referidas como cartas rogatórias, embora ocorra a assistência judicial mútua por outras vias menos burocráticas. A assistência legal mútua pode ser utilizada para obtenção de assistência em investigações acerca dos produtos do crime, inclusive para seu congelamento e confisco<sup>1453</sup>.

---

<sup>1448</sup> São os seguintes: Albânia, Andorra, Armênia, Austrália, Azerbaijão, Bósnia e Herzegovina, Canadá, Croácia, Geórgia, Islândia, Israel, Liechtenstein, Macedônia, Moldávia, Montenegro, Nova Zelândia, Noruega, Rússia, Sérvia, África do Sul, Suíça, Turquia, Ucrânia e EUA.

<sup>1449</sup> Como já citado, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/41/contents>. Acesso em: 24 ago.2015.

<sup>1450</sup> Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>. Acesso em: 24 ago. 2015.

<sup>1451</sup> A entrega é vedada, quando: o requerido puder ser submetido à pena de morte (salvo se houver garantia formal de que não será aplicada); não houver garantia de que o requerido só será processado ou cumprirá pena pelos fatos que motivaram a extradição, exceto em certas e limitadas circunstâncias eventualmente previstas; que a efetivação do pedido implique reextradição, a não ser que todos os Estados envolvidos participem do processo e com ele consentam. O Reino Unido não aplica qualquer barreira à extradição de seus próprios nacionais.

<sup>1452</sup> Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/32/contents>. Acesso em: 19 set. 2015.

<sup>1453</sup> Quanto ao pressuposto da dupla incriminação, não é, de regra, adotado pelo Reino Unido. Ele é exigido, entretanto, para buscas e apreensões, ordens de exibição (*production orders*) e de bloqueio e confisco. No caso, a dupla incriminação se avalia por base aproximada, considerando mais o conteúdo das descrições delitivas do que suas designações típicas.



A Ordem de Investigação Europeia (*European Investigation Order* <sup>1454</sup>) é uma diretiva que visa à racionalização dos pedidos de assistência judicial mútua entre os membros da União Europeia, inclusive estabelecendo prazos e padronizações. Apesar de sua vigência ter se iniciado em 2014, o Reino Unido só implementará a diretiva em maio de 2017. O Reino Unido se compromete a ampla cooperação com Estados e territórios, mesmo diante da inexistência de tratados ou convenções<sup>1455</sup>. Nesse ponto, é de destaque que a reciprocidade sequer é uma exigência geral, embora seja uma expectativa razoável à cooperação prestada pelo Reino Unido<sup>1456</sup>. O Reino Unido também não requer o processamento dos pedidos de assistência pela via diplomática, embora reconheça que assim exijam outros Estados e territórios.

Embora o atendimento dos pressupostos legais enseje o acatamento e implementação do pedido de assistência judicial mútua no Reino Unido, as autoridades centrais têm larga margem de discricionariedade para recusá-los, sendo motivos para tanto, embora nem sempre compatíveis com a construção de um ambiente de ampla cooperação, os seguintes: se a investigação ou processamento se relacione a motivos políticos; se a cooperação poderia afetar a ordem pública do Reino Unido, incluída a possibilidade de imposição de pena de morte; se o pedido não supera o *de minimis*; se o pedido se funda em fatos que o Reino Unido reconhece como já apreciados definitivamente e que não poderiam ensejar a medida requerida; se o pedido se funda em crime que o Reino Unido reconhece como crime militar que não intersecciona com previsão de crime comum; se há elementos bastantes para suspeitar que o pedido concerne a processo ou investigação que leva em consideração de forma preconceituosa raça, gênero, orientação sexual, religião,

---

<sup>1454</sup> Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0041>. Acesso em: 24 ago. 2015.

<sup>1455</sup> As provas obtidas pelo Reino Unido, no contexto de assistência judicial mútua, não podem ser utilizadas para fins diversos daqueles especificados no pedido, nem pelo Reino Unido nem pelo Estado solicitante, salvo se houver autorizações especiais, caso a caso. O Reino Unido se reserva a cooperação via assistência judicial mútua somente quando há superação de um *de minimis* fixado, sob argumento de que há limitados recursos públicos disponíveis, qual seja: existência de dano, perda ou ganho financeiro de, no mínimo, £ 1,000 (mil libras esterlinas); o suposto crime ter sido cometido há mais de 10 anos, sem que haja justificativa suficiente para a demora no processamento ou investigação. Além disso, o Reino Unido leva em consideração, para analisar a proporcionalidade entre o pedido e os gastos com sua execução: se há circunstâncias agravantes; se o pedido tem conteúdo coercitivo; se, em circunstâncias similares, o Ministério Público britânico promover um pedido de assistência judicial mútua; se existem implicações para uma série de autoridades na execução do pedido.

<sup>1456</sup> Disponível em: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/415038/MLA\\_Guidelines\\_2015.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/415038/MLA_Guidelines_2015.pdf), p. 6. Acesso em: 24 ago. 2015.

nacionalidade, origem étnica, opiniões políticas ou posições pessoais acerca desses temas; se não houver atendimento da dupla incriminação, nos casos em que é exigida.

Se o sistema legal da autoridade requerente não exige que a prova seja obtida mediante juramento, o pedido deve mencionar que a prova a ser obtida de testemunha, suspeito ou vítima será colhida como declaração<sup>1457</sup>. Ainda assim, em qualquer caso, sempre que o juramento for necessário, deve constar do pedido. As oitivas sem juramento pressupõem o consentimento do declarante e podem ser providenciadas mediante cooperação policial administrativa<sup>1458</sup>. Pedidos de prova podem ser colhidos em Juízo, mediante promessa ou juramento. Uma vez convocado, aquele de quem se pretende obter a prova oral deve comparecer em Juízo, mas não pode ser compelido a prestar informações a que não esteja obrigado a prestar pela lei do Reino Unido ou do Estado requerente, sendo de destaque o direito a não autoincriminação e o direito a não fornecer qualquer prova que seja em seu próprio julgamento criminal<sup>1459</sup>. Se a pessoa invoca privilégio ou imunidade segundo a lei do Estado requerente, a prova só será remetida, se houver comunicação de decisão formal de quem tiver competência para decidir a questão naquele Estado.

Também é possível, como submodalidade de assistência mútua, a realização de videoconferência ou conferência telefônica<sup>1460</sup>, com base nas premissas das cortes do Reino Unido, a fim de garantir direitos das pessoas ouvidas. A videoconferência pressupõe: antecedência mínima de 8 semanas; proposta de horário do dia e de tempo de duração para realização do ato; contato direto de pessoa para questões de assistência técnica; informações suficientes acerca da pessoa a ser ouvida, inclusive como encontrá-la

---

<sup>1457</sup> No Reino Unido, as autoridades policiais não têm atribuições para proceder a qualquer oitiva mediante juramento. Os depoimentos juramentados devem ser providenciados perante Juízos. Quando o indivíduo solicitado a prestar, sem juramento, declaração ou interrogatório, recusa-se a fazê-lo, pode ser compelido a comparecer a Juízo, onde, entretanto, ser-lhe-ão garantidos os direitos de não incriminação e ao silêncio.

<sup>1458</sup> Disponível em: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/415038/MLA\\_Guidelines\\_2015.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/415038/MLA_Guidelines_2015.pdf). Acesso em: 24 ago. 2015.

<sup>1459</sup> Questão que tem sido observada com cautela, não só por, muitas vezes, ser infrutífera, mas também por desbordar em custos bastante elevados, é a condução a Juízo de pessoa que demonstrou seu desinteresse em cooperar na esfera policial. Ela só deve ocorrer, quando houver algum sinal de que há, de fato, chance de alguma prova ser obtida em Juízo, em vez de a pessoa exercer seus direitos de não autoincriminação e de permanecer em silêncio. Essa decisão cabe à autoridade central, que deverá ter em conta, ademais, os requerimentos da legislação do Estado requerente e os efeitos para a investigação ou processamento de não se compelir a pessoa à Corte, ainda que para obtenção de nenhuma prova efetiva.

<sup>1460</sup> Disponível em: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/415038/MLA\\_Guidelines\\_2015.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/415038/MLA_Guidelines_2015.pdf). Acesso em: 24 ago. 2015.

e contactá-la; indicação de regras e procedimentos, inclusive advertências formais ou informações sobre direitos a serem pronunciados, em que deva ser observado o direito estrangeiro, o que o Reino Unido cumprirá no que puder; detalhes, se conhecidos, para compatibilidade técnica.

A conferência telefônica só será estabelecida com países que tenham acordo para tanto com o Reino Unido. Para essa última modalidade de assistência judicial mútua, exige-se: antecedência mínima de oito semanas; confirmação de que a pessoa concordou em ser ouvida por telefone; informações suficientes acerca da pessoa a ser ouvida, inclusive como encontrá-la e contactá-la; indicação de regras e procedimentos, inclusive advertências formais ou informações sobre direitos a serem pronunciadas, em que deva ser observado o direito estrangeiro, o que o Reino Unido cumprirá no que puder.

Ainda como submodalidades de assistência mútua há, no ordenamento jurídico britânico, as seguintes possibilidades: rastreamento de capitais<sup>1461</sup>; ordens de exibição<sup>1462</sup>; busca e apreensão<sup>1463</sup>; dados de comunicação<sup>1464</sup>; interceptação de

---

<sup>1461</sup> Não há, no Reino Unido, observe-se, qualquer registro central de contas bancárias, de modo que essa modalidade de informação deve ser solicitada via cooperação, muitas vezes, com pedido de fornecimento de documentos pelos próprios bancos.

<sup>1462</sup> As ordens de exibição (*production orders*) são utilizadas para obtenção de material processual dito especial, como, o conteúdo de comunicações, provas bancárias, material jornalístico, registros de contadores, entre outros. Na Inglaterra, em Gales e na Irlanda do Norte, uma vez aceito pela autoridade central um pedido de produção de material procedimental especial, ela encaminhará à polícia uma requisição para que esta solicite ao Juízo competente a ordem de exibição. A Corte da Coroa encaminha a ordem ao juiz local que, normalmente, notifica a parte que detém a informação requerida com prazo razoável que lhe permita enviar representante a audiência. Uma vez obtidas as informações acima, o pedido de assistência judicial mútua para obtenção de ordem de exibição bancária exige: detalhes da conta; motivos para se acreditar que o banco no Reino Unido administra a conta e nos limites disponíveis para atendimento do pedido; que bancos podem estar implicados; período relativo às informações desejadas, com a devida explicação, se houver desborde do tempo correspondente à investigação; documentos específicos requeridos (v.g. informações de abertura de conta, declarações do banco e outros) e sua relevância para o caso; e confirmação de que a dupla incriminação é atendida. É de se considerar que, como não há exigência diversa, os bancos costumam manter informações bancárias por até 5 anos, no Reino Unido. Dificuldade para esse modo de cooperação é a impossibilidade de o aparato estatal do Reino Unido processar o grande volume de pedidos que recebe, o que tem causado certos retardos em atendimentos.

<sup>1463</sup> A expedição de mandados de busca no Reino Unido compete aos Juízos, que devem ser convencidos de sua necessidade pelas autoridades centrais ou executoras, em havendo pedidos de assistência judicial mútua em tal sentido. Por essa razão e por se adotar o procedimento menos invasivo possível, a autoridade central buscará um método alternativo, se a prova puder ser obtida sem a expedição de mandado de busca.

<sup>1464</sup> Referem-se a “quem”, “onde”, “quando” e “como” uma comunicação se deu, sem adentrar seu conteúdo; abrange mensagens de texto da rede celular (SMS), *e-mails*, chamadas telefônicas, e outros. A assistência judicial mútua para sua obtenção se processa no âmbito policial, se for aceita pela autoridade central. Excepcionalmente, se o Estado requerente postular que os dados sejam obtidos mediante compromisso, em Juízo, por meio de um empregado da companhia de comunicações, a autoridade central designará um Juízo para proceder à coleta. O pedido de cooperação que envolva dados de comunicação deve conter: tipo de dados solicitados, por exemplo, informações de cadastro e chamadas recebidas, chamadas realizadas; indicação dos períodos para que se requer os dados; informação de por que os dados são

comunicações<sup>1465</sup>; congelamento ou indisponibilidade<sup>1466</sup> (e, como subespécies destes, a indisponibilidade de ativos fora do âmbito da legislação da União Europeia<sup>1467</sup> e a indisponibilidade de instrumentos do crime<sup>1468</sup>); ordem de indisponibilidade da União

---

necessários para a investigação, inclusive o crime em questão, como a pessoa concernente está ligada à investigação/processo e como os dados estão vinculados ao crime e à pessoa indicados; demonstração de proporcionalidade dos dados na investigação, por exemplo, ao indicar o que se espera demonstrar com os dados e como eles serão utilizados; informações acerca das origens dos números telefônicos implicados; exatos data, horário e local do incidente em questão; detalhes completos dos indivíduos supostamente envolvidos na infração e suas condutas individualizadas; explicação de por que os objetivos da investigação/processo não podem ser alcançados por outros meios; explicação, se pessoa estranha à infração puder eventualmente ser atingida pela medida de cooperação, de por que as circunstâncias justificam tal intrusão

([https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/415038/MLA\\_Guidelines\\_2015.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/415038/MLA_Guidelines_2015.pdf). Acesso em: 24 ago. 2015).

<sup>1465</sup> Pedidos de assistência judicial mútua que envolvam interceptação de telecomunicações somente serão processados e atendidos se estiverem de acordo com a legislação britânica acerca da matéria. Em todo caso, a interceptação só é permitida no Reino Unido para a prevenção ou repressão de crimes graves. Crimes graves são aqueles em que: uma pessoa com, no mínimo, 18 anos, na Inglaterra e em Gales, ou 21 anos, na Escócia e na Irlanda do Norte, sem condenação criminal pregressa, tem em seu desfavor sérios indícios que podem conduzi-lo à prisão por três anos ou mais ou que envolvam uso de violência, resultem em ganhos financeiros substanciais ou, ainda, praticados por um grande número de pessoas que persigam um objetivo comum. Antes de se autorizar a interceptação, restrições podem ser impostas para prevenir divulgação fora do Reino Unido de alguma informação obtida por interceptação em desacordo com o que a lei britânica autorizaria. São requisitos para o pedido: ser originário de autoridade competente de Estado que tenha implementado a Convenção de Assistência Legal Mútua, quais sejam os membros da União Europeia, Noruega e Islândia; confirmação de que uma ordem ou mandado de interceptação válido tenha sido emitido concernentemente a uma investigação criminal no Estado requerido; a razão pela qual os fins da investigação não podem ser alcançados por outros meios; garantia do requerente de que as restrições impostas pelo Reino Unido às provas obtidas serão observadas; indicação de que a interceptação é necessária para a prevenção ou detecção de crime grave; proporcionalidade entre a interceptação requerida e o que é almejado; explicação, se pessoa estranha à infração puder eventualmente ser atingida pela medida de cooperação, de por que as circunstâncias justificam tal intrusão (Disponível em: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/415038/MLA\\_Guidelines\\_2015.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/415038/MLA_Guidelines_2015.pdf). Acesso em: 24 ago. 2015).

<sup>1466</sup> Sua finalidade é a preservação de valores, ativos ou instrumentos de crime localizados no Reino Unido, para fins de confisco futuro.

<sup>1467</sup> O pedido de indisponibilidade pode ser feito ao Juízo, devendo atender aos seguintes pressupostos: dupla incriminação; conter detalhes da investigação criminal em curso ou de um processo no Estado requerente por crime patrimonial ou branqueamento de capitais; conter todos os fatos relevantes da questão; explicação do porquê de se acreditar que o demandado ou investigado se beneficiou com ganho patrimonial por conta de sua conduta; exposição de motivos razoáveis para se acreditar que os bens podem ser necessários para a satisfação de determinação judicial externa existente ou futura; a necessidade da constrição; dados pessoais, endereço e localização da pessoa a ter propriedade atingida; detalhes da propriedade perseguida, da pessoa que está em sua posse e da conexão entre o investigado/demandado e a propriedade; declaração de que a propriedade localizada no Reino Unido deve sofrer constrição por ser aquela localizada no exterior insuficiente para os fins da medida ou de acesso impossível ou inviável; informação de se existe objeção a que o investigado ou demandado tenha acesso a valores bloqueados para sua subsistência e despesas legais e de se se permite às Cortes do Reino Unido a aferição da proporcionalidade de quais valores seriam razoáveis. Sem estar munido de tudo o que foi acima enumerado, o Juízo do Reino Unido pode ser incapaz de conceder uma ordem de indisponibilidade ou de registrá-la, inviabilizando o confisco de bens tornados indisponíveis, vale dizer, resultando em ineficácia da cooperação.

<sup>1468</sup> O instrumento do crime abrange qualquer bem que foi, é ou pretendia ser utilizado em conexão com o cometimento de crime. O Reino Unido pode proceder a sua indisponibilidade, com base em pedido de autoridade estrangeira – *Section 4 of the Criminal Justice (International Co-operation) Act 1990*,

Europeia<sup>1469</sup>; confisco e perda<sup>1470</sup> (e, como subespécies destes, alienação de ativos<sup>1471</sup> e a perda de instrumentos do crime<sup>1472</sup>); ordem de confisco da União Europeia<sup>1473</sup>; transferência temporária de presos;<sup>1474</sup> informações sobre passaporte e *status*

---

(*Enforcement of Overseas Forfeiture Orders*) Order 2005 ('2005 Forfeiture Order'). O pedido deve conter praticamente as mesmas informações necessárias ao pedido de indisponibilidade de ativos.

<sup>1469</sup> Uma ordem de indisponibilidade é emitida com o fim de proteção da evidência ou propriedade, enquanto pendente sua transferência para o Estado requerente. A legislação de indisponibilidade da União Europeia está em vigência no Reino Unido desde dezembro de 2014, após o encerramento de fase de grande dúvida britânica acerca de sua implementação e dispensa o envolvimento de autoridades centrais, podendo ser tais assistências requeridas diretamente ao Ministério Público. Atente-se que a propriedade relacionada a terrorismo, mesmo no âmbito da cooperação da União Europeia, só poderá ser tornada indisponível pela formulação de pedido de assistência dirigido à autoridade central. A ordem emitida por um Estado da UE tem validade para solicitar cooperação de qualquer membro da UE que a tenha implementado. As ordens de indisponibilidade de bens da União Europeia (*Europe-wide Freezing Orders*) pressupõem: solicitação entre Estados-Membros da União Europeia; pedido correspondente a investigação ou procedimento criminal instaurado no Estado membro da EU; proibição de lide com propriedade que tenha sido reconhecida por autoridade britânica como relativa a prática criminosa; a conduta havida por criminosa não pode corresponder a ato de terrorismo ou intenção de cometê-lo; certificado em inglês assinado pelo Juízo, em que se declara a acurácia das informações dadas; ordem de confisco da propriedade pretendida emitida por Juízo do Estado requerente ou informação de quando a ordem deve ser emitida (a ser incluída no certificado acima citado); informar, de forma clara, se o caso é de fraude, propina, corrupção ou se é de uma natureza complexa e grave, bem como se a atividade é capaz de afetar a reputação do Estado requerente como ambiente de negócios seguro ([https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/415038/MLA\\_Guidelines\\_2015.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/415038/MLA_Guidelines_2015.pdf). Acesso em: 24 ago. 2015).

<sup>1470</sup> O confisco é o registro e cumprimento de pedidos de assistência do Estado requerente em face de ativos no Reino Unido. Aqui se fala de pedidos fora do âmbito de cooperação entre Estados da União Europeia.

<sup>1471</sup> Uma vez que os ativos tenham sido convertidos em dinheiro, serão disponibilizados, nos casos de ativos estatais ilegalmente apropriados que se enquadrem nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, pela devolução ao país interessado, com o desconto de despesas razoáveis que o Reino Unido tenha realizado, e nos casos que não sejam regidos pela Convenção mencionada, os ativos podem ser partilhados (*asset sharing*) com o Estado interessado, se houver um acordo de partilha de ativos com o Reino Unido.

<sup>1472</sup> Ordens de sequestro autorizam a privação ou limitam a disposição de propriedade que tenha sido usada ou que se pretenda utilizar no cometimento de crime. As ordens se aplicam a qualquer crime que corresponda ou que seja similar a crime sob a lei da Inglaterra e de Gales.

<sup>1473</sup> Vigentes desde 03 de dezembro de 2014, elas substituem as regras da ordem de confisco ordinária. Devem ser obrigatoriamente remetidas pelos Estados-Membros da União Europeia ao Ministério Público do Reino Unido, com atribuições para seu reconhecimento e execução em território britânico. No caminho inverso, o Ministério Público do Reino Unido remete a ordem para a autoridade indicada como munida das atribuições para recepção e processamento do pedido intraeuropeu. São seus requisitos: solicitação entre Estados da União Europeia que a tenham implementado; a propriedade deve ter sido utilizada para os fins de conduta criminosa ou deve ser produto da conduta criminosa; uma pessoa deve ter sido condenada por tal conduta criminosa no Estado requerente; a ordem de confisco deve ter sido emitida à vista da conclusão dos procedimentos que levaram à mencionada condenação; o pedido deve se fazer acompanhar de certificado, em inglês, assinado pelo Juízo emissor ou que confirmou a ordem, contendo declaração de acurácia das informações por ele trazidas; declaração precisa de se o caso é de fraude, propina ou corrupção ou, ainda, se é de natureza mais séria e complexa, bem assim se a atividade é capaz de afetar a reputação do Estado requerente como ambiente de negócios seguro.

<sup>1474</sup> Um encarcerado no Reino Unido pode, nos termos do *Criminal Justice Act 1990*, ser temporariamente transferido para o exterior, nos interesses de investigações e procedimentos criminais estrangeiros. A legislação do Reino Unido veda essa modalidade de cooperação sem que haja consentimento do preso e os pedidos devem ser submetidos à autoridade central britânica, em cada caso. Antes de concordar

migratório<sup>1475</sup>; transferência de processos<sup>1476</sup>; registros criminais<sup>1477</sup>; registros judiciais<sup>1478</sup> (e, como subespécies destes, certificados judiciais<sup>1479</sup> e transcrição de julgamentos<sup>1480</sup>);

---

com o pedido, a autoridade central deve estar segura de que a presença do prisioneiro no Reino Unido não é necessária e de que a transferência não lhe prolongará injustificadamente o tempo de encarceramento.

<sup>1475</sup> Os pedidos nesse pertinente podem ser satisfeitos pela via da cooperação meramente administrativa. Veja-se que, entre os países europeus, o Reino Unido é um dos que mais sofrem com fluxos migratórios desviados de finalidade (Disponível em: [http://www.oecdobserver.org/news/archivestory.php/aid/337/Immigration\\_in\\_the\\_European\\_Union:\\_problem\\_or\\_solution\\_.html](http://www.oecdobserver.org/news/archivestory.php/aid/337/Immigration_in_the_European_Union:_problem_or_solution_.html). Acesso em: 24 ago. 2015); e <http://www.cfr.org/migration/europes-migration-crisis/p32874>. Acesso em: 24 ago. 2015), com violação de legalidade (trabalhar e/ou viver fora das autorizações legais e consulares a estrangeiros), contando com um quadro normativo e aparato estatal bastante protetivo nessa área – sendo inclusive crime, no Reino Unido, a conduta do empregador que contrata, sabidamente, pessoa sem autorização para trabalhar e viver em seu território, consoante a *section 21* do *Immigration, Asylum and Nationality Act 2006* (Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/13/contents>, . Acesso em: 24 ago. 2015). De tal sorte, é interesse do Reino Unido cooperar para que outros Estados tenham acesso a informações migratórias e de registros de passaporte, o que pode inclusive evitar que direções migratórias para o Reino Unido sejam obstadas em outros Estados. Também o Reino Unido tem mostrado bastante atuação no sentido de quebrar redirecionamentos migratórios ilegais para outros Estados, com destaque para os EUA (a pessoa em situação ilegal é presa e devolvida ao país de origem ou de legítima residência, e não à sua última paragem), reforçando seu compromisso de forte opositor da imigração ilegal (Disponível em: <http://www.migrationpolicy.org/article/united-kingdom-reluctant-country-immigration>. Acesso em: 24 ago. 2015). Por fim, as informações de passaporte e *status* migratório servem para a correta instrução e adequação procedimental de pedidos de cooperação, sendo informações de grande utilidade, não apenas para combate à imigração ilegal. Não é demais rememorar que o *status* migratório pode ser suficiente para impedir a extradição em determinados Estados.

<sup>1476</sup> O Reino Unido, como regra, rejeita a ideia de transferência de processos. Segundo a lei britânica, os procedimentos criminais devem ser levados a efeito na jurisdição onde a maior parte do crime ocorreu ou, se não for possível, onde o resultado se produziu. Na prática, assim como os EUA, o Reino Unido entende que sua tradição jurídica de *Common Law* tende a ser incompatível com transferência de processos para outra jurisdição, interferindo na essência de seus procedimentos adversariais e na inquirição pessoal de testemunhas. Nessa linha, o Reino Unido não assinou a Convenção do Conselho da Europa acerca da Transferência de Procedimentos em Matéria Criminal de 1972 (Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/030.htm>. Acesso em: 24 ago. 2015) e fez reserva às cláusulas de transferência de processos no contexto da Convenção do Conselho da Europa de Assistência Mútua em Matéria Criminal de 1959 (Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/030.htm>. Acesso em: 24 ago. 2015). Todavia, o Reino Unido pode analisar pedidos de transferência de processos, caso a caso, observando os critérios que seguem: dupla incriminação; evidência de clara e estabelecida conexão com o Reino Unido; formulação em prazo razoável ou explicação de eventual retardo; o pedido tem de ultrapassar o *de minimis*; o pedido e os documentos devem ser traduzidos para o inglês. A troca espontânea de informações criminais que podem conduzir ou se relacionar a pedido de assistência judicial mútua de um país prescinde de pedido de cooperação judicial e pode ser prestada por mecanismos previstos em tratados ou via cooperação policial.

<sup>1477</sup> A despeito de os pedidos de registros criminais deverem ser parte de pedido mais amplo de assistência judicial mútua, eles podem não ser fornecidos com o que for entregue pelo Estado requerido. Assim, pode ser necessário buscar as informações de registros criminais em separado. Os membros da União Europeia têm à sua disposição o Sistema de Informação de Registro Criminal Europeu (*European Criminal Record Information System ECRIS*), que permite a troca de informações em formato padronizado, mediante solicitação de autoridade central. Se os pedidos forem oriundos de países exteriores à União Europeia, serão processados pela via da cooperação administrativa, por meio da Agência Nacional de Crime.

<sup>1478</sup> Disponível em: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/415038/MLA\\_Guidelines\\_2015.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/415038/MLA_Guidelines_2015.pdf). Acesso em 24 ago. 2015.

<sup>1479</sup> Membros da União Europeia podem solicitar certificados judiciais diretamente ao Juízo competente, anexando cópia integral do registro criminal correspondente e indicação do nome da Corte que

bem como outros pedidos de assistência judicial mútua (entre estes: mostras íntimas ou não - inclusive DNA -<sup>1481</sup>, ordem de indisponibilidade de evidência da União Europeia<sup>1482</sup> e ordens de monitoramento de contas<sup>1483</sup>). Ressalte-se, ainda, que no, Reino Unido, não há possibilidade de reconhecimento de julgados estrangeiros, eis que, em matéria criminal, o país não aceita a ideia de que uma pena por crime praticado em outro território possa ser reconhecida e cumprida em seu território<sup>1484</sup>.

Das modalidades acima, dois exemplos deixam evidenciadas as dificuldades e longas exigências com os mecanismos cooperativos britânicos, não sendo isso, nesse aspecto, diferente da imensa maioria dos países. Assim, no caso da busca e apreensão, são pressupostos para o contexto de assistência judicial mútua: atendimento das condições da Seção 8 do *Police and Criminal Evidence Act 1984* (POCA)<sup>1485</sup>; dupla incriminação; descrição completa da conduta criminosa concernente; endereço ou descrição precisa do local a ser buscado; descrição de locais em que se espera encontrar provas; detalhamento

---

prolatou a sentença. Estados que não integrem a UE deverão formular seus pedidos à autoridade central respectiva.

<sup>1480</sup> Na Inglaterra, Gales e Irlanda do Norte, casos criminais mais graves são conduzidos em Cortes da Coroa, em que transcrições integrais dos julgamentos podem ser disponibilizadas, todavia o registro não é mantido escrito, e sim em áudio, e a sua reprodução fica a cargo de empresa privada, que cobra pelo serviço. É possível obterem-se pequenos e relevantes trechos dos julgamentos transcritos, os chamados *sentencing remarks*, com a ressalva de que, nem sempre, eles conterão informações detalhadas sobre o crime, sobre a conduta do processado, entre outras informações importantes, podendo ser demasiadamente sucintas.

<sup>1481</sup> A despeito de o Reino Unido não ter o poder de compelir qualquer cidadão a fornecer amostras íntimas, podem ser submetidos ao país pedidos relacionados à obtenção de tais amostras. Veja-se que o Reino Unido normalmente não remete ao exterior perfil de DNA para verificação de correspondência com elementos de cena de crime. O que ocorre, mais comumente, é o Reino Unido receber as informações da cena do crime para verificação com amostras de DNA em solo britânico, tanto do indivíduo indicado no pedido, como todos aqueles constantes no banco de dados de DNA britânico. Isso pode ser providenciado por cooperação não judicial.

<sup>1482</sup> Uma vez que haja a indisponibilidade, aguardam-se instruções do Estado requerente para sua transferência ou para liberação da constrição, na forma da legislação de cooperação judicial criminal da União Europeia.

<sup>1483</sup> Somente para crimes graves, por especificado período de tempo e se a investigação for conduzida em país signatário na conformidade do *Crime International Co-operation Act 2003* (CICA). Requerimentos para uma ordem de monitoramento de conta sob o regime do *Crime International Co-operation Act 2003*: deve ser oriundo de um país participante (membros da UE, Islândia, Japão, Noruega, Suíça e EUA); deve especificar uma instituição financeira e contas nela mantidas por pessoas indicadas; deve haver uma investigação no Estado requerente por conduta criminosa em tese; a ordem deve ser perquirida para os fins da investigação. Também é possível a obtenção dessa modalidade de cooperação via assistência judicial mútua com base nas prescrições do *Proceeds of Crime Act 2002* (POCA) (Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/contents>. Acesso em: 24 ago.2015).

<sup>1484</sup> *Huntington v Attrill* [1893] AC 150 (*The rule has its foundation in the well-recognised principle that crimes, including in that term all breaches of public Law punishable by pecuniary mulct, or otherwise, at the instance of the State Government, or of some one representing the public, are local in this sense, that they are only cognizable and punishable in the country where they were committed*). Disponível em: [http://www.loble.co.uk/enforcement\\_of\\_foreign\\_judgments.html](http://www.loble.co.uk/enforcement_of_foreign_judgments.html). Acesso em: 28 ago.2015.

<sup>1485</sup> Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents>. Acesso em: 24 ago. 2015.

da conexão entre o local a ser buscado, a infração e/ou a pessoa; detalhamento completo de provas que se pretende encontrar e de informações que indicam que elas podem estar armazenadas digitalmente; explicação de por que as evidências são pertinentes e importantes para a investigação ou o processo; razões para se acreditar que as provas estão na posse da pessoa a ser atingida pela constrição; explicação de razão para se crer por que, se houvesse uma convocação como testemunha perante Juízo do Reino Unido e a pessoa respectiva fosse instada a apresentar as provas a serem obtidas com a constrição, ela não o faria dessa forma menos gravosa; compromisso apropriado com a guarda e restituição de qualquer bem apreendido; no caso de busca, a possibilidade de os executores se depararem com materiais procedimentais especiais que deveriam ser obtidos via ordem de exibição, sendo, neste caso, o mandado de busca e apreensão mais amplo; detalhes de oficiais do Estado requerente que se deseja que participem da execução da busca e apreensão; qualquer outra informação que puder ter uso operacional no interesse de eventual execução do mandado.

Também não podem ser obtidos por meio de mandado de busca, no Reino Unido: materiais excluídos por lei, como registros jornalísticos confidenciais, registros e amostras médicos, registros de advogados; informações *Common Law* “*legally privileged*”<sup>1486</sup>, que incluem materiais relacionados ao aconselhamento profissional a cliente, salvo se o propósito é sabidamente a prática delitativa; materiais procedimentais especiais, que podem ser obtidos por meio de *production orders*<sup>1487</sup>.

Outras tantas dificuldades são previstas, por exemplo, em relação ao pedido de cooperação judicial para o confisco e perda de bens. Para seu processamento, requer-se: dupla incriminação; condenação irrecorrível em face da pessoa a ser atingida; ordem vigente de confisco irrecorrível; que a totalidade ou parte do valor referente à ordem remanesça insatisfeito no território do Estado requerente; que a ordem tenha o propósito de recuperar propriedade ou o valor de propriedade percebido em conexão com o

---

<sup>1486</sup> Para uma breve ideia, disponível em: <http://www.Lawsociety.org.uk/support-services/advice/practice-notes/aml/legal-professional-privilege/>. Acesso em: 24 ago. 2015.

<sup>1487</sup> Computadores, *smartphones*, *tablets*, meios de arquivamento digital e reproduções de seus conteúdos estão sujeitos a tratamento diferenciado no Reino Unido, sobretudo para garantir que evidências não abrangidas pelo mandado sejam enviadas ao Estado requerente. De tal sorte, após a sua apreensão, esses equipamentos serão examinados pelos oficiais de polícia do Reino Unido, que assegurarão que não há elementos que escapem ao mandado nem confidenciais ou *legally privileged*. Para uma adequada verificação do que interessa ou não à investigação ou ao processo, de modo a se amoldar a certas evidências previstas no mandado de busca e apreensão respectivo, pode ser necessário acompanhamento de oficial do Estado requerente ao procedimento de análise.



cometimento de crime; que a ordem expedida possa ser cumprida fora da jurisdição do Estado requerente; original da ordem ou cópia devidamente autenticada; fornecimento dos fatos relevantes do caso, inclusive eventuais teses importantes de defesa que tenham sido arguidas; demonstração da necessidade da constrição, mediante explanação que permita ao Juízo a verificação da proporção entre risco de desfazimento/dissipação da propriedade e expedição da ordem; indicação de dados pessoais, endereço e localização da pessoa a ter propriedade atingida; indicação de detalhes da propriedade perseguida, da pessoa que está em sua posse e da conexão entre o investigado/demandado e a propriedade; no caso de assistência anterior ter sido prestada ao mesmo caso, incluindo rastreamento de ativos, informações sobre as autoridades do Reino Unido que atuaram na cooperação e detalhes do seu processo; a expressa indicação de que a assistência relacionada ao caso não foi buscada ou prestada anteriormente; quando aplicável, fornecimento de detalhes sobre pedidos de outros Juízos em face do mesmo investigado ou demandado em relação à propriedade deste, os quais devem estar devidamente autenticados ou certificados pelas autoridades judiciárias competentes ou pelo oficial estrangeiro acreditado para tanto; se nenhum pedido relacionado ao caso foi iniciado, devendo essa informação constar expressamente; se possível, breve detalhamento de toda a propriedade do investigado/demandado que exista fora do território do Reino Unido.

## **12.6 - Dos crimes de transcendência internacional no ordenamento jurídico do Reino Unido**

### **12.6.1 – O crime de tráfico de drogas no ordenamento jurídico do Reino Unido**

A principal norma escrita britânica acerca da tipificação penal de condutas relacionadas a drogas é o *Misuse of Drugs Act 1971*<sup>1488</sup>, complementada pelas substâncias acrescidas e regulações do *Drugs Act 2005*<sup>1489</sup>, que prevê condutas essencialmente transnacionais num universo maior de condutas, entre as quais algumas com possível transnacionalidade. A norma alcança regras de controle para substâncias de manejo pela Medicina, assim como a violação de normas de proibição atinentes a substâncias sem

<sup>1488</sup> Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/38/contents>. Acesso em: 25 fev 2016.

<sup>1489</sup> Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/17/contents>. Acesso em: 25 fev. 2016.

utilização médica corrente. As substâncias sujeitas à criminalização são incluídas em três grupos: A (cocaína, *crack*, *ecstasy*, heroína, LSD, metadona, metanfetamina, cogumelos que contenham ésteres de psilocina, bem como qualquer substância do grupo B, quando for injetada, entre outros); B (anfetamina – mas não metanfetamina –, barbitúricos, codeína – mas não outros opiáceos – *Cannabis* e outros) e C (esteroides anabolizantes<sup>1490</sup>, tranquilizantes de menor potência e a fins). As condutas que correspondam a substâncias do grupo A são punidas com maior severidade, aquelas atinentes a substâncias do grupo B, com severidade intermediária e, finalmente, as mesmas condutas, se envolvidas substâncias do grupo C, as quais são passíveis de punição com menor peso do que aquelas anteriormente mencionadas. Observa-se, portanto, que o Reino Unido, assim como Portugal, segue linha em que a gravidade da infração penal é balizada por regras de posicionamento da substância correspondente em determinado grupo de controle legalmente previsto.

Destacam-se as condutas de posse de droga: posse de droga com o intento de entrega a outra pessoa; produção, cultivo ou manufatura de droga; fornecimento de droga; oferta de fornecimento de droga; importação ou exportação de droga; extrapolação de permissões pessoais extraordinárias para consumo, fornecimento ou produção de drogas não incluídas na permissão. Atente-se que, no Reino Unido, a posse amparada por prescrição médica legítima de algumas drogas, como anfetaminas, barbitúricos, metadona, tranquilizantes de menor potência e, ocasionalmente, heroína ou *Cannabis*<sup>1491</sup>, não constitui crime, desde que não se ultrapassem as bordas da indicação médica. O cometimento de crimes envolvendo substâncias do grupo A pode ensejar prisão perpétua, enquanto que condutas relacionadas aos outros dois grupos, no máximo, 14 anos de prisão.

---

<sup>1490</sup> Quanto a esses, a prescrição médica representa o limite entre a legalidade ou a prática de infração penal. Dessa forma, mesmo a posse de esteróide prescrito, mas em forma diversa da indicação médica, pode ensejar responsabilização penal.

<sup>1491</sup> A posse de *Cannabis* é crime punível com prisão somente a partir da terceira flagrância, como também, desde a primeira prática descoberta, o seu fornecimento e a sua entrega.

### 12.6.2 - O crime de organização criminosa no ordenamento jurídico do Reino Unido<sup>1492</sup>

A lei britânica vale-se, basilarmente, de duas figuras típicas para a repressão penal das organizações criminosas, sejam ou não transnacionais. De início, o crime de conspiração (*Criminal Law Act 1977*<sup>1493</sup>), com seu enunciado abrangente (resumidamente, agremiação de duas ou mais pessoas com o fim de praticar ato criminoso), é largamente utilizado para alcançar as condutas atinentes a crime organizado, inclusive por atender grande parte do estabelecido na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, todavia essa norma mostrava-se insuficiente para os casos em que havia associação, suporte e facilitação a organizações criminosas, o que teria fomentado seu crescimento no Reino Unido.

Diante da deficiência apontada, foi aprovado e se encontra em vigor, desde recentemente, o *Serious Crime Act 2015*<sup>1494</sup>, que prevê o delito de participação nas atividades de grupo de organização criminosa. São características a destacar de tal ilícito penal: a) aplica-se somente à Inglaterra e a Gales; b) abrange o segundo dos modelos legislativos indicados na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional; c) as condutas criminosas correspondentes concernem à participação de qualquer pessoa em qualquer atividade de grupo de organização criminosa ou o auxílio prestado a grupo de organização criminosa para que ele leve a cabo suas atividades ilícitas. O grupo de organização criminosa, nesse contexto, corresponde à agremiação de três ou mais pessoas que agem ou acertam agir em conjunto, com o fim de cometer crimes.

### 12.6.3 - O crime de tráfico de pessoas no ordenamento jurídico do Reino Unido

O Reino Unido, no ano de 2015, promulgou o *Modern Slavery Act 2015*, que prevê o crime de tráfico de humanos. São características da previsão típica penal em

---

<sup>1492</sup> Disponível em: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/415967/Fact\\_Sheet\\_-\\_Participation\\_Offence\\_-\\_Act.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/415967/Fact_Sheet_-_Participation_Offence_-_Act.pdf) Acesso em 25 fev. 2016.

<sup>1493</sup> Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/45/part/I> Acesso em: 25 fev. 2016.

<sup>1494</sup> Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/9/contents/enacted> Acesso em: 25 fev. 2016.

tela<sup>1495</sup>: a) providenciar ou facilitar a viagem de outra pessoa, com o fim de que esta seja explorada, sendo irrelevante para a perfectividade do crime se há consentimento da vítima para a viagem e a exploração ou se ela é maior ou menor de idade; b) providenciar ou facilitar a viagem da vítima, mediante seu recrutamento, transporte ou transferência, guarda ou recepção, transferência de controle ou troca de controle sobre ela; c) a abrangência tanto do tráfico transnacional de pessoas quanto do interno; d) a exploração sexual, violadora de direitos de menores de idade ou desafiadora da teia regulatória acerca de órgãos e tecidos humanos, bem como de violação a regras de vedação à escravidão, trabalhos forçados ou compulsórios, na forma do mesmo estatuto legal, do *Protection of Children Act 1978*, do *Sexual Offences Act 2003* e do *Human Tissue Act 2004*; e) as previsões só se aplicam à Inglaterra e a Gales. As previsões encontram guarida nos Protocolos Adicionais à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo): Protocolo relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças e no Protocolo sobre o Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, ratificados pelo Reino Unido<sup>1496</sup>.

#### 12.6.4 - O crime de branqueamento de capitais no ordenamento jurídico do Reino Unido

As figuras delitivas do *Proceeds of Crime Act 2002*<sup>1497</sup> atinentes a branqueamento de capitais, abrangeram as correspondentes previsões do *Criminal Justice Act 1988*<sup>1498</sup> e do *Drug Trafficking Act 1994*<sup>1499</sup>. Os crimes atualmente vigentes têm de relevante o que segue: a) ocultar, disfarçar, converter, transferir ou remover de Inglaterra-Gales, Escócia ou Irlanda do Norte propriedade relacionada à atividade criminosa, incluindo a ocultação ou disfarce de natureza, fonte, localização, disposição, movimento,

---

<sup>1495</sup> Disponível em: <http://www.nationalcrimeagency.gov.uk/about-us/what-we-do/specialist-capabilities/uk-human-trafficking-centre/relevant-legislation> Acesso em: 26 fev. 2016.

<sup>1496</sup> Status de ratificação Disponível em: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-12-a&chapter=18&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&lang=en) e em [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-12-b&chapter=18&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-b&chapter=18&lang=en) Acesso em: 26 fev. 2016.

<sup>1497</sup> Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/part/7> Acesso em: 26 fev. 2016.

<sup>1498</sup> Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/33/contents> Acesso em: 7 mar. 2016.

<sup>1499</sup> Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/37/part/I> Acesso em: 7 mar. 2016.

propriedade ou quaisquer direitos respeitantes aos recursos que se pretende branquear; b) entrar em concertação ou implicar-se em concertação que saiba ou suspeite, por qualquer meio, facilitar a aquisição, retenção, uso ou controle de propriedade relacionada a atividade criminosa, seja por intermédio ou em favor de outra pessoa; c) adquirir, usar, ou ter posse de propriedade relacionada a atividade criminosa, para os quais figura elemento de aferição objetiva de origem ilícita a desproporcionalidade entre a propriedade e o valor que lhe foi atribuído, tendendo ao significativamente menor que o devido; d) deixar de comunicar às autoridades de atribuição legal, de imediato, se, no curso de atividade negocial ou regulatória, souber ou suspeitar, ou tiver razões fundadas para suspeita ou conhecimento de que alguém está envolvido em atividades de branqueamento de capitais - informações ordinariamente protegidas por *legally privileged*, como consultoria e advocacia, não preservam a imunidade respectiva, se revelar-se patente que as atividades dos profissionais foram dirigidas com intenção criminosa ou para favorecer prática de crime de branqueamento de capitais - ; e) deixar de proceder à comunicação às autoridades de atribuição legal requerida nos termos da alínea anterior, tão logo lhe chegue o requerimento, ao saber ou suspeitar, ou ter razões fundadas para suspeita ou conhecimento de que alguém está envolvido em atividades de branqueamento de capitais; f) efetivar divulgação de atividade de possível branqueamento de capitais, com o fim de prejudicar divulgação anteriormente levada a efeito. Em suma, a novel legislação penal britânica amolda-se aos consensos e propostas do FATF-GAFI, de que é membro atuante<sup>1500</sup>.

### 12.6.5 - O crime de corrupção no ordenamento jurídico do Reino Unido

Consoante informa a própria *National Crime Agency*<sup>1501</sup> britânica, os tipos penais do *The Bribery Act 2010*<sup>1502</sup> condensam as normas de repressão criminal à corrupção, com destaque para a transnacional. Tal legislação decorre de tendência global à repressão ampla da corrupção, portanto reflete em crimes que alcançam mais condutas que

---

<sup>1500</sup> Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/countries/#United Kingdom> Acesso em: 26 fev. 2016.

<sup>1501</sup> Disponível em: <http://www.nationalcrimeagency.gov.uk/about-us/what-we-do/economic-crime/international-corruption-unit-icu> Acesso em 26 fev.2016.

<sup>1502</sup> Disponível em: [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga\\_20100023\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf) Acesso em: 26 fev 2016.

aqueles previstos no *Foreign Corrupt Practices Act 1977* dos EUA<sup>1503</sup>. São condutas relevantes, nesse tocante, segundo a legislação escrita britânica apontada: a) oferecer, prometer ou dar vantagem financeira ou de outra natureza à outra pessoa, com a intenção de induzi-la a executar, de forma inadequada, função ou atividade relevante, ou recompensá-la por tal execução inadequada; b) oferecer, prometer ou dar vantagem financeira ou de outra natureza a outra pessoa, sabendo ou acreditando que a aceitação da vantagem, em si, constituiria execução indevida de função ou atividade relevante, sendo indiferente, em qualquer desses casos, se a conduta se perfaz por meio de terceira pessoa; c) solicitar, concordar em receber ou aceitar vantagem financeira ou de outra natureza, com o fim de que, em sua consequência, função ou atividade relevante seja executada de forma indevida, por mão própria ou por terceiro; d) solicitar, concordar em receber ou aceitar vantagem financeira ou de outra natureza, sendo tais atos constituintes de execução indevida de função ou atividade relevante pelo agente; e) solicitar, concordar em receber ou aceitar vantagem financeira ou de outra natureza como retribuição pela execução indevida de função ou atividade relevante levada a efeito pelo agente ou por terceiro; f) em antecipação ou em consequência de solicitação, concordância em receber ou aceitação de vantagem, financeira ou não, pelo agente, executar função ou atividade relevante de forma inadequada, desde que por solicitação do agente ou por solicitação de terceiro que conte com a aquiescência deste<sup>1504</sup>.

#### **12.6.6 – O crime de terrorismo no ordenamento jurídico do Reino Unido**

Após os ataques terroristas ocorridos na cidade de Londres, em 2005, o Parlamento do Reino Unido aprovou o *Terrorism Act 2006*<sup>1505</sup>, que traz condutas novas em face do terrorismo, altera condutas existentes e traz modificações diversas, no sentido de conferir maior controle e gravidade às medidas relacionadas. Eis os principais crimes de terrorismo: a) encorajamento do terrorismo ou disseminação de publicações terroristas,

---

<sup>1503</sup> Disponível em: <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/52195/differences-between-the-uk-bribery-act-and-the-us-foreign-corrupt-practices-act> Acesso em: 26 fev.2016.

<sup>1504</sup> Vê-se que as condutas acima abrangem a transnacionalidade, assim como atividades de corrupção em meio estatal, partidário, empresarial, de terceiro setor, entre outros.

<sup>1505</sup> Disponível em: [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/11/pdfs/ukpga\\_20060011\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/11/pdfs/ukpga_20060011_en.pdf) Acesso em 26 fev. 2016.

inclusive por meio da rede mundial de computadores; b) cometimento de crime, com a intenção preparatória de praticar ato terrorista ou de assistir alguém a fazê-lo, bem como o treinamento para fins de terrorismo (como instrutor ou como instruído, sendo o treinamento relativo a atividades de manejo de substâncias nocivas, técnicas de preparação e execução de atos de terrorismo em geral, concepção ou adaptação de método ou técnica para fins terroristas ou conexos a práticas terroristas), como também se pune o comparecimento a local onde é prestado treinamento terrorista, em acepção ampla; c) fabricar ou possuir equipamento radioativo, ou possuir material radioativo, com o fim de utilizá-lo no curso ou na preparação de ato de terrorismo, para fins terroristas, ou, ainda, de disponibilizá-lo para usos terroristas, bem como o efetivo emprego do dispositivo ou material. O cometimento de crime que eleve o risco de liberação de material radioativo ou que culmine em sua efetiva dispersão é punível com prisão perpétua. Em complemento, também se punem as condutas gravosas de solicitar, mediante ameaça concreta, material ou equipamento radioativo, construção de instalação nuclear ou acesso a instalação nuclear existente, de modo conexo a ou para os fins de atividade terrorista; d) são proibidas as organizações terroristas, sejam de estímulo, promoção, glorificação, glorificação de terroristas, entre outros.

A definição de terrorismo ocorreu por meio de emenda a previsões do *Terrorism Act 2000*<sup>1506</sup> e do *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*<sup>1507</sup>, de maneira a abranger atos de terrorista que contenham ações ou ameaças para influenciar o Governo ou para intimidação, trazendo também traz diretrizes para tratamento de certos crimes existentes como de terrorismo, contemplando manejo de explosivos, de armas biológicas, contra pessoas internacionalmente protegidas, tomada de refém, sequestro de aeronaves e outros crimes relativos a aeronaves, bem como outros crimes envolvendo material nuclear, crimes concernentes à segurança da aviação e da navegação marítima, crimes por uso de armas químicas, crimes pertinentes a recursos de e para terrorismo, condução, como dirigente, de organização terrorista; conspiração para terrorismo, entre outros.

Evidente, assim, que a legislação atende ao compromisso internacional assumido pelo Reino Unido por meio das Convenções Internacionais das Nações Unidas para a Supressão de Atentados Terroristas (1998)<sup>1508</sup>, para Supressão do Financiamento do

---

<sup>1506</sup> Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/11/contents> Acesso em: 7 mar.2016.

<sup>1507</sup> Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/contents> Acesso em: 7 mar. 2016.

<sup>1508</sup> Disponível em: <http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/conventions/Conv11.pdf> Acesso em: 29 fev.2016.

Terrorismo (2000)<sup>1509</sup> e para Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear (2005)<sup>1510</sup>. Também vincula-se o Reino Unido às Resoluções da ONU (Resoluções 49/60/2005/Assembleia Geral, 1373/2001/Conselho de Segurança, 57/83/2002/Assembleia Geral, 1540/2004/Conselho de Segurança)<sup>1511</sup>, destacando a força de recomendação mais diretiva daquelas do Conselho de Segurança, sobretudo – reforçando o interesse político britânico – tendo-se em mente que a aprovação pelo Conselho deve contar com voto positivo dos cinco membros permanentes, *status* conferido ao Reino Unido<sup>1512</sup>.

## D – Alemanha

### 12.7 – O sistema jurídico alemão de cooperação penal internacional

O modelo jurídico alemão é seguido em todos os países de língua alemã, bem como nos países hispanófonos, da Europa e da América Latina, tendo, ainda, alguma influência, na Itália, Grécia, Turquia, Japão, Coreia e Taiwan. Seu modelo de Direito Penal tem fortíssima influência no mundo contemporâneo, principalmente, por sua cientificidade e pelas muito bem desenvolvidas teorias sobre a estrutura interna dos tipos penais e sua estrutura tripartite. O ordenamento jurídico criminal alemão é parte de um sistema federal de governo cujas características têm evoluído ao longo de vários séculos de descobertas científicas e aperfeiçoamento normativo<sup>1513</sup>. A República Federal da Alemanha equaliza sua divisão institucional de poderes entre a União e os 16 Estados Federados (*Länder*),

---

<sup>1509</sup> Disponível em: <http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/conventions/Conv12.pdf> Acesso em: 29 fev.2016..

<sup>1510</sup> Disponível em: <http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/conventions/Conv13.pdf> Acesso em: 29 fev.2016.

<sup>1511</sup> Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/terrorismo/> Acesso em: 7 mar. 2016.

<sup>1512</sup> Disponível em: <http://www.un.org/en/sc/about/functions.shtml> e em: <http://www.un.org/en/sc/members/> Acesso em: 29 fev. 2016.

<sup>1513</sup> A própria Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949 (no original: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), responsável por vincular a legislação à ordem constitucional e a administração do Estado ao Direito e à lei, perfaz-se como um reflexo desta evolução. Os alemães, certamente, partiram do exemplo negativo da primeira democracia, República de Weimar, e do vergonhoso desastre, em todos os aspectos e sentidos, da ditadura nazista. A busca por um modo de viver justo e minimamente democrático, após a ditadura, e o desejo de, internacionalmente, ser reconhecido como um Estado Democrático de Direito, justificaram a promulgação do texto constitucional que, entretanto, só passou a reger todo o território, quando da superação da divisão da Alemanha – e verdadeira consolidação da Democracia-, em 1990. A Lei Fundamental alemã é considerada como uma das fontes clássicas da democracia liberal moderna, já que incorpora, com vestes contemporâneas, as garantias fundamentais tradicionalmente reconhecidas na Revolução Francesa.



todos detentores do direito de instituir sua própria justiça constitucional e possuindo competências e órgãos decisórios próprios. Essa organização cria uma sobreposição de fontes jurídicas de naturezas diversas, operando um federalismo vertical, já que a ordem constitucional dos Estados sujeita-se aos princípios e normas do Estado federado. Apresenta-se, na cúpula, a Lei Fundamental, seguida das leis e regulamentos federais e, na parte mais baixa da estrutura, a Constituição, leis e regulamentos dos Estados<sup>1514</sup>.

O Código Penal alemão e o Código de Processo Penal alemão são leis federais que se aplicam indistintamente a todos os Estados, mas os seus tribunais, com exceção do Tribunal Federal de Apelação e do Tribunal Federal Constitucional (TFC), os quais ostentam a base e abrangência nacional, bem como o restante dos sujeitos responsáveis pela persecução penal, em suas fases pré-processual e processual, têm suas atribuições organizadas e direcionadas pelas leis estaduais. Nesse aspecto, o art. 95, da Lei Fundamental, prevê a competência do Tribunal Federal de Apelação apenas para matérias administrativas, tributária, trabalhista e previdenciária. Já os arts. 93 e 94, também da *Grundgesetz*, sedimentam a jurisdição do TFC apenas para matérias de âmbito federal constitucional. A Corte constitucional, portanto, tem sua competência restrita às lides de natureza constitucional, não servindo como um terceiro ou quarto grau de jurisdição no perfil jurisdicional hierárquico. Nesse sentido, Mendes destaca que a Corte Constitucional não se encontra inserida como uma nova instância no complexo das jurisdições ordinárias, mas, ao revés, desempenha uma função especial – a jurisdição constitucional -, não atuando como uma instância de revisão ou como um tribunal ou um supertribunal de revisão, destinado a examinar a legitimidade dos julgados dos Tribunais inferiores<sup>1515</sup>.

A Suprema Corte detém o monopólio da interpretação constitucional das normas, já que, embora possam os tribunais inferiores decretar a inconstitucionalidade de uma determinada lei, em uma ação concreta de controle normativo, devem, obrigatoriamente, remeter de ofício a questão para a palavra final do Tribunal Constitucional, cuja decisão vincula todos os tribunais, setores do poder público e pessoas

---

<sup>1514</sup> Razões históricas justificam esta divisão com larga disciplina competencial estendida às circunscrições territoriais dos Estados, já que o Estado alemão deriva da união, em 1871, de diversos Estados independentes. Segundo o art. 20, 1, da Lei Fundamental, “a República Federal da Alemanha é um Estado federal democrático e social” - “*Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat*” - (Original2 Disponível em: [http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg\\_02.html](http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_02.html). Acesso em: 24 fev. 2011, às 11h).

<sup>1515</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 4.ed São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 14.

naturais e jurídicas. Quanto a esse aspecto, ao contrário do que ocorre na tradição brasileira, o sistema de controle de constitucionalidade alemão é concentrado, isto é, é de competência exclusiva do TCF realizar o controle vinculante, ainda que este seja ensejado por um caso particular ou concreto (controle concreto). Isso significa que o juiz do feito não poderá ignorar ou denegar aplicação à norma ainda não declarada inconstitucional, por entender que uma norma fere a Constituição<sup>1516</sup>. No sistema alemão, todo magistrado tem o dever de verificar a inconstitucionalidade da norma que decide o caso, independentemente de provocação da parte processual interessada, mas não pode lhe negar a aplicabilidade, quando ainda não declarada inconstitucional pelo TCF, tribunal que tem a competência exclusiva para tanto<sup>1517</sup>.

O processo penal alemão possui alguns pilares de sustentação: o princípio da instrução, em que o magistrado, pessoalmente e de forma completa, realiza a atividade probatória em audiência pública<sup>1518</sup>; a busca da verdade material, em que o juiz se responsabiliza, de ofício, a buscar a verdade material e impulsionar o ação penal e a indisponibilidade da ação penal<sup>1519</sup>. Advém de tais características a posição relevante que o magistrado ostenta nesse modelo processual, pertencendo-lhe a responsabilidade da investigação das provas sobre as quais deverá decidir<sup>1520</sup>. A capacidade de intervenção independente das partes é muito restrita, ficando nas mãos do juiz a atividade preponderante de produção e controle de provas, o que denota sua essência inquisitorial<sup>1521</sup>.

---

<sup>1516</sup> Diferentemente do que ainda ocorre no Direito brasileiro, onde se adotou o assim denominado *sistema difuso*.

<sup>1517</sup> MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*/ Leonardo Martins. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1-2.

<sup>1518</sup> Nesse sentido, no processo penal alemão, sobreleva-se o papel do tribunal como sistema autônomo (e responsável) de subjetivação da produção da prova (ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova no Processo Penal*. Coimbra Editora, 2006, p. 139).

<sup>1519</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)*". In: *Temas actuales y permanentes del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 50.

<sup>1520</sup> FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*. Editora: Almedina Tema: Direito Penal. Ano 2001, p. 55.

<sup>1521</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Il nuovo código de procedura penale italiano visto dalla germania*. In: *Il nuovo código di procedura penale visto dall'estero. Atti Del Seminário di Torino 4-5 maggio 1990*. A cura di Mario Chiavario. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, p. 1991, p. 41. Esse entendimento não condiz com o de Roxin, o qual aponta a natureza acusatória do processo penal alemão. (ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht – Direito Penal*, 22 Auflage, Munchen, Beck, 1991, p. 6). No mesmo sentido, Costa Andrade assevera que o processo penal alemão conforma-se ao paradigma do “processo acusatório integrado por um princípio de investigação”, em que, a partir da fase de acusação, é o juiz que detém o domínio do processo e assume a responsabilidade última pela investigação das provas sobre as quais há de assentar a condenação ou absolvição do arguido. Segundo o autor, o contraste com o processo americano revela-se aqui

No plano do Direito Penal Internacional, a Alemanha tem celebrado inúmeros tratados bilaterais e multilaterais relacionados à cooperação penal internacional<sup>1522</sup>, sendo destaque, quanto a este aspecto, os tratados multilaterais colocados em prática após a assimilação, pelo Estado alemão, da Convenção Europeia de Práticas Extradicionais e a Convenção Europeia de Mútua Assistência em matéria criminal. Quanto a esses e outros acordos de cooperação internacional em matéria penal e de procedimentos criminais, o ordenamento jurídico do Estado alemão posiciona-se de forma bastante peculiar quanto à interpretação e extensão das normas e direitos garantidos nos referidos tratados. Segundo a posição alemã, as normas dispostas nos aludidos tratados não criam direitos subjetivos para os indivíduos que participem das relações jurídicas por eles disciplinadas, garantindo direitos e impondo obrigações apenas para os Estados pactuantes.

Desde as remotas decisões da Corte Imperial Germânica, enfatiza-se a disciplina interpretativa dos Tratados Internacionais de Cooperação Penal e Processual Penal a partir da condução do procedimento sempre sob a ótica dos Estados contratantes<sup>1523</sup>, definindo direitos e obrigações através dos quais os Estados, por exemplo, estavam ou não compelidos a aceitar os pedidos extradicionais uns dos outros<sup>1524</sup>. Esse cenário jurídico não se modificou com a entrada em vigor da Lei Alemã de Extradicação de 1930, tendo o instituto da extradicação continuado a ser regulado sob a ótica exclusivamente obrigacional dos países assinantes dos tratados, e o acusado envolvido no processo de extradicação permaneceu, essencialmente, como objeto, e não sujeito dos procedimentos. O Tribunal Federal de Apelação<sup>1525</sup> e o Tribunal Federal Constitucional<sup>1526</sup>, mesmo sob os

---

ostensivo. (ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as Proibições de Prova no Processo Penal. Coimbra Editora, 2006, p. 138).

<sup>1522</sup> Regulamentos acerca de acordos de Direito Internacional Público valem, enquanto foram imediatamente aplicáveis, face às normas de Direito interno, nos termos da lei citada - *Act on International Cooperation on Criminal Matters. (Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen – IRG)*. Disponível em: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_irg/englisch\\_irg.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_irg/englisch_irg.html) (versão em inglês, Acesso em: 25 ago.2015), Part I, Section I.

<sup>1523</sup> A Corte deixou clara essa regra, ao descrever: “*As objects of extradition, extradited parties may neither derive rights from the extraditory agreements nor challenge the legality of their extradition unless such a right has been explicitly granted to them. Even though extradition takes place on account of an offence not proved for in the agreement, the accused may not contest it*” (*Penal Decisions of the Imperial Courts of Justice*, vol. 70, pp. 286 e 287, *Juristische Wochenschrift*, 1936, p. 3198).

<sup>1524</sup> VOGLER, Theo, The Protection of Human Rights in International Cooperation in Criminal Proceedings, Justus-Liebig-Universität, Giessen, in *International Review of Penal Law, The Regionalization of International Criminal Law and Protection of Human Rights in International Cooperation in Criminal Proceedings, Preparatory Colloquium, Section IV*, Helsinki, Finlândia, 2-6 de setembro de 1992, Association Internationale de Droit Penale, 65º anée – nouvelle série, 1º e 2º trimestres de 1994, Érés, p. 311).

<sup>1525</sup> Esta Corte decidiu que “*is not the purpose of extradition agreements to grant an offender who has been able to flee abroad a legal status that would impede this prosecution*” (*Penal Decisions of the Federal*

auspícios da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, continuaram assimilando o entendimento, por muito tempo, defendido pelo Tribunal Imperial, no sentido de não garantir direito subjetivo aos acusados que estejam envolvidos nos procedimentos de cooperação entre os Estados.

O Tribunal Federal Constitucional, seguindo as premissas já decididas pelo Tribunal Imperial e, contemporaneamente, pelo Tribunal Federal, também assentou a regra de que os tratados de extradição criam direitos e obrigações tão somente para os Estados pactuantes, apenas esclarecendo, por motivos óbvios, que, se, eventualmente, um determinado tratado estabelecer direitos subjetivos para o particular acusado, essa regra deve ser preservada. Assim, apenas esclarecendo a observação, a Corte não exclui a possibilidade de previsões específicas contidas no tratado que estabeleçam e garantam certos direitos subjetivos para os indivíduos sob processo extradicional, apenas endossa o princípio de que os tratados de extradição, quando do estabelecimento das regras e mecanismos de extradição, criam direitos e obrigações apenas para os Estados-partes signatários.

A mesma linha restritiva de direitos subjetivos dos acusados sob regime de extradição é consignada, no ordenamento jurídico alemão, no que tange à transferência internacional de pessoas sentenciadas, a partir da compreensão das regras contidas na Convenção Relativa à Transferência de Pessoas Condenadas, de 21 de março de 1983. Segundo se pode extrair das próprias normas e previsões contidas na referida convenção, a pessoa condenada não tem o direito subjetivo de ver aplicados os termos e preceitos convencionais, já que, entre as condições enumeradas para o deferimento do pedido de transferência, está a concordância do Estado de condenação e do Estado de execução. Uma consequência prática de tal vedação exsurge exatamente nos já mencionados casos de

---

*Court of Justice*, v. 18, p. 218 e 220). Segundo os precedentes do Tribunal, o posicionamento extraído do ordenamento jurídico alemão segue a linha que defende que, mesmo nos tratados internacionais de extradição em que se criam direitos e obrigações, tais diretivas referem-se apenas aos Estados-partes contratantes. Conforme já decidiu a Corte, “*the extradited party may not personally invoke the treaty*” (Penal Decisions of the Federal Court of Justice, v. 22, p. 307 e 309; v.30, p. 347 e 349).

<sup>1526</sup> Quanto a tais conclusões, ver: os seguintes julgados: *Federal Constitutional Court Decisions*, v. 46, p. 214 e 220, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1977, p. 2355 e *Federal Constitutional Court Decisions*, vol. 57, p. 09 e 18, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1988, p. 1155. A doutrina também segue os parâmetros expostos pela Suprema Corte Alemã, vide: Berber, *Volkerrecht (International Law)*, v. I, 1975, p. 170 e seguintes, v. III, 1977, p. 19-20; Bauer, *Die volkerrechtswidrige Entfuhrung (Abduction in Violation of International Law)*, 1968, pp. 23 e seguintes e pp. 123 e seguintes; *Doehring, Die allgemeinen Regeln des volkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht (The general rules of International Aliens Law and the German Constitutional Law)*, 1963, p. 150; *Maunz/Siegloch, BVerfGG-Kommentar (Federal Constitutional Court Law commentary, section 90, margin reference 71)*.

extradição, eis que o acusado que responde a processo de extradição não pode, para livrar-se do mesmo, compelir o Estado a transferi-lo com base na Convenção citada, já que a convenção não cria um *direito de transferência*, nem para os Estados-partes (já que, para a transferência, há de se perquirir quanto à vontade do sentenciado) nem para o condenado, por depender também do consentimento dos Estados envolvidos<sup>1527</sup>.

Cumprido salientar, nessa linha de previsão e efetividade de normas de cooperação penal internacional, que o país afirma dispor de adequada base jurídica para o cumprimento das obrigações de cooperação. Em resposta ao Segundo Relatório da *International Law Association* sobre o Tribunal Penal Internacional, a Alemanha foi um dos únicos seis países signatários de Roma que afirmou, com base na lei nacional aplicável, que tem condições de dar cumprimento a todas as formas de assistência jurídica obrigatória explicitamente definidos no Estatuto do TPI<sup>1528</sup>, quais sejam: artigo 89 (Entrega de Pessoas ao Tribunal); artigo 92 (Prisão Preventiva); artigo 93 (Outras Formas de Cooperação); artigo 99 (*On-site investigations*); artigo 103 (Função dos Estados na Execução das Penas Privativas de Liberdade); artigo 107 (Transferência do Condenado depois de Cumprida a Pena) e artigo 109 (Execução das Penas de Multa e das Medidas de Perda).

A despeito dos papéis atribuídos ao Ministro das Relações Exteriores e às autoridades judiciais dos Estados Federados, o Departamento Federal de Justiça é o responsável pela imensa maioria das atribuições no âmbito da assistência judicial internacional da Alemanha em matéria criminal. O Departamento Federal trabalha em conjunto com outros Estados, seja em casos de extradição, de assistência judicial mútua em matéria criminal ou de cooperação administrativa. Ele é responsável pela recepção e emissão de pedidos de cooperação penal internacional que envolvam a Alemanha<sup>1529</sup>.

---

<sup>1527</sup> Quanto a esse ponto de interpretação, o Governo alemão fez questão de deixar claro que “*interprets the Convention as creating rights and obligations between contracting parties only and as not giving rise to any entitlements or subjective rights for sentenced persons, nor as implying that any such entitlements or rights should be created*” (Memorial do Governo Federal Alemão na Convenção Relativa à Transferência de Pessoas Condenadas, Bundestag-Dokument, no. 12/194, p.18).

<sup>1528</sup> Além da Alemanha, segundo o Relatório, os seguintes países: Áustria, Bélgica, Finlândia, Reino Unido e África do Sul (SLUITER, Goran, *Second Report of International Law Association, Toronto Conference, International Criminal Court*, 2006, p. 7. Disponível em: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1011>. Acesso em: 20 dez. 2014).

<sup>1529</sup> Sítio oficial do *Federal Office of Justice*. Disponível em: [https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Gerichte\\_Behoerden/IRS/Rechtshilfe\\_node.html](https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Gerichte_Behoerden/IRS/Rechtshilfe_node.html). Acesso em: 25 ago. 2015.

O mais importante instrumento do Direito alemão, como fonte de regras para as diversas modalidades de cooperação judicial penal internacional, é a Lei de Assistência Judicial Mútua em Matéria Criminal (*Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen IRG*)<sup>1530</sup>. A Alemanha pode cooperar judicialmente tanto pela via de tratado/convenção como por via não instrumentalizada. Desde que a lei alemã, em seus princípios essenciais, não seja violada, o seu ordenamento jurídico permite, sob cláusula de reciprocidade, o processamento e atendimento, se for o caso, de pedidos de assistência judicial mútua, em matéria criminal, não amparados em tratados, acordos ou convenções. Os pedidos, de toda forma, exceto ressalvas expressas, serão processados e atendidos na estrita conformidade com a legislação alemã aplicável<sup>1531</sup>.

É de se atentar, todavia, que, no contexto da União Europeia, da Zona do Euro e do Espaço de Schengen, há uma série de convenções e protocolos que criaram mecanismos de cooperação menos burocráticos e teoricamente mais céleres, semelhantes ao que já abordados sobre o Reino Unido, mas, sobretudo, sobre Portugal, aplicáveis, todavia, apenas na área da cooperação intraeuropeia. A Alemanha não distingue cartas rogatórias de quaisquer pedidos de cooperação não amparados em tratado, que são, portanto, processados em conformidade com a legislação interna de cooperação penal internacional. Aplica-se, no caso, a autorização geral de admissibilidade da Lei de Assistência Judicial Mútua em Matéria Criminal, que abrange, a depender da observância de outras regras e princípios nela previstos ou por ela indicados, qualquer cooperação penal, seja oriunda de Juízo ou de autoridades administrativas, que pode ser prestada entre autoridades de governo e Juízos alemães. Vê-se, assim, que as regras procedimentais alemãs e a observância das prescrições do *Grundgesetz*<sup>1532</sup>, em especial, dos princípios gerais de Direito ali alçados a *status* constitucional, em muito, regulam os pedidos de cooperação não fundados em tratados ou, até mesmo, quando fundados em tratados ou

---

<sup>1530</sup> *Act on International Cooperation in Criminal Matters*, de 23 dez. 1982 (*Federal Law Gazette I*, p. 2071), as last amended by Article 1 of the Act of 21 July 2012, tradução de Michael Bohlander e Wolfgang Schomburg. Disponível em: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_irg/englisch\\_irg.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_irg/englisch_irg.html) (versão em inglês. Acesso em 25.ago.2015).

<sup>1531</sup> Sítio oficial do *Federal Office of Justice*. Disponível em: [https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Gerichte\\_Behoerden/IRS/Rechtshilfe\\_node.html](https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Gerichte_Behoerden/IRS/Rechtshilfe_node.html), acesso em 25/08/2015.

<sup>1532</sup> Constituição Federal alemã Disponível em: <https://www.bundestag.de/grundgesetz> (versão original, acesso em 25/08/2015); [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gg/](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/) (versão em inglês, acesso em 25/08/2015).

convenções, no que eles forem omissos ou no que não haja óbice à aplicação da lei interna<sup>1533</sup>.

A dupla incriminação, como ocorre em alguns países do sistema de *Civil Law* da Europa Ocidental<sup>1534</sup> e América do Sul<sup>1535</sup>, só é um pressuposto para a cooperação penal em modalidades que envolvam uma maior gravidade, um especial debruçar sobre garantias constitucionais ou uma maior interferência em assuntos atinentes a soberania. No caso da Alemanha, exige-se a dupla incriminação para a extradição, a homologação de sentenças estrangeiras e os pedidos de conteúdo coercitivo<sup>1536</sup>. Na Alemanha, a dupla incriminação não exige a coincidência de previsões típicas incriminadoras, mas apenas que o fato seja punível com sanção penal ou multa. No âmbito da União Europeia, entretanto, existe uma lista comum de categorias de crimes para os quais os Estados-Membros consideram atendido o pressuposto em questão<sup>1537</sup>.

Segundo as Diretrizes da Comissão de Prevenção do Crime e Justiça Criminal estabelecidas na Vigésima Sessão dos Países do G8 em Matéria de Assistência Mútua, ocorrida em abril de 2011, em Viena, os passos gerais, quando se pretende obter cooperação penal da Alemanha, são os seguintes: a autoridade solicitante deve, antes de formalizar o pedido, consultar a autoridade central alemã, especialmente em casos sérios e complexos, a fim de garantir que serão atendidos os pressupostos formais e materiais do pedido, e que não haverá conflito com o Direito alemão; no instrumento de formalização de pedido, deve-se indicar a norma alemã ou convencional que o embasa; identificar, de forma clara, quem é a autoridade que está conduzindo a investigação ou procedimento;

---

<sup>1533</sup> *Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, Twentieth session, Vienna, 11-15 April 2011, Requesting mutual legal assistance in criminal matters from G8 countries: A step-by-step guide*, Disponível em: [http://www.coe.int/T/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC\\_documents/8\\_MLA%20step-by-step\\_CN152011\\_CRP.6\\_eV1182196.pdf](http://www.coe.int/T/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC_documents/8_MLA%20step-by-step_CN152011_CRP.6_eV1182196.pdf), acesso em 25/08/2015.

<sup>1534</sup> *Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, Twentieth session, Vienna, 11-15 April 2011, Requesting mutual legal assistance in criminal matters from G8 countries: A step-by-step guide*, Disponível em: [http://www.coe.int/T/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC\\_documents/8\\_MLA%20step-by-step\\_CN152011\\_CRP.6\\_eV1182196.pdf](http://www.coe.int/T/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC_documents/8_MLA%20step-by-step_CN152011_CRP.6_eV1182196.pdf), acesso em 25/08/2015. Com destaque para França e Alemanha.

<sup>1535</sup> Quanto ao Brasil e Argentina, ver: BELOTTO, Ana Maria de Souza., Dupla incriminação na cooperação jurídica internacional. In: Boletim n. 237 do IBCCRIM, - ago.2012.

<sup>1536</sup> *Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, Twentieth session, Vienna, 11-15 April 2011, Requesting mutual legal assistance in criminal matters from G8 countries: A step-by-step guide*. Disponível em: [http://www.coe.int/T/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC\\_documents/8\\_MLA%20step-by-step\\_CN152011\\_CRP.6\\_eV1182196.pdf](http://www.coe.int/T/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC_documents/8_MLA%20step-by-step_CN152011_CRP.6_eV1182196.pdf). Acesso em: 25 ago. 2015.

<sup>1537</sup> *Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, Twentieth session, Vienna, 11-15 April 2011, Requesting mutual legal assistance in criminal matters from G8 countries: A step-by-step guide*, Disponível em: [http://www.coe.int/T/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC\\_documents/8\\_MLA%20step-by-step\\_CN152011\\_CRP.6\\_eV1182196.pdf](http://www.coe.int/T/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC_documents/8_MLA%20step-by-step_CN152011_CRP.6_eV1182196.pdf), Acesso em: 25 ago.2015. Ver: ainda, relatório explicativo. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:42002X1024\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:42002X1024(01)). Acesso em: 25 ago. 2015.

resumir o caso, apresentando um relatório das evidências e provas que o embasam; se uma declaração ou um depoimento testemunhal é almejado, indicar nome, nacionalidade e localização da pessoa a ser ouvida, seu *status* no caso, o porquê de sua exposição ser relevante para o caso e o porquê de se acreditar que a pessoa seria cooperativa; se prova documental é requerida, destacar sua natureza, localização e razões para crer que seja relevante; se busca e apreensão é perseguida, explicar as razões pelas quais a medida é postulada e quais itens devem ser buscados e apreendidos, por serem relevantes para o caso; se interceptação de telecomunicação é requerida, fundamentar o pedido em como os dados que se pretendem arrecadar poderiam ser relevantes para o caso, especificar quais meios devem ser supervisionados, com o fornecimento, se possível, dos precisos dados para estabelecimento da conexão, além da definição de período de tempo para execução da medida; prover as disposições legais de seu Direito, aplicáveis ao caso, que tenham relevância; identificar, em termos específicos e claros, o que se quer obter da Alemanha e o preenchimento de requisitos e pressupostos para tanto; se for o caso de sigilo, as razões para tanto devem ser expostas; indicar prazos que precisem ser atendidos, ou tempos razoáveis de duração de procedimentos e fases processuais, com as exposições pertinentes a eventual prazo indicado como limite de utilidade do conteúdo do pedido; fornecer lista de todos os contatos relevantes e suas atribuições, para rápido contato, esclarecimentos e obtenção de informações adicionais; se não houver tratado, acordo ou disposição em contrário, o pedido deve ser devidamente traduzido para o alemão oficial; salvo disposições específicas, qualquer prova obtida por cooperação penal alemã estará sujeita à utilização estritamente para os fins indicados no pedido respectivo, a não ser que a Alemanha consinta com o uso estendido, caso a caso<sup>1538</sup>.

Adicionalmente, a depender da natureza da cooperação que se almeja, devem-se incluir: a) depoimentos e declarações: indicar o tema central da prova oral, se possível, inclusive fornecer uma lista de perguntas a serem postas; se for o caso, instruções sobre como devem ser procedidos os juramentos, promessas, afirmações; indicar quais agentes do Estado requerente e se têm interesse em participar das audiências e por que isso é necessário; b) prova documental: identificar os documentos específicos requeridos; c)

---

<sup>1538</sup> *Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, Twentieth session, Vienna, 11-15 April 2011, Requesting mutual legal assistance in criminal matters from G8 countries: A step-by-step guide.* Disponível em: [http://www.coe.int/T/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC\\_documents/8\\_MLA%20step-by-step\\_CN152011\\_CRP.6\\_eV1182196.pdf](http://www.coe.int/T/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC_documents/8_MLA%20step-by-step_CN152011_CRP.6_eV1182196.pdf). Acesso em: 25 ago.2015.



busca e apreensão: identificar a precisa localização, na Alemanha, a ser buscada e os itens a serem apreendidos; ordem, mandado ou declaração de busca e apreensão dos objetos, com os elementos que devem ser observados para que uma busca e apreensão seja considerada legal em seu Direito interno; compromisso de que nenhum terceiro será afetado pela medida e que objetos entregues sob condição serão devolvidos tão logo sejam solicitados; d) confisco de instrumentos e produtos do crime: devem ser submetidos a procedimento de homologação de sentença estrangeira que os declare; e) coleta e entrega de dados obtidos por interceptação de telecomunicações: ordem de interceptação emitida por autoridade competente no Estado requerente ou prova de que, se as telecomunicações em questão fossem operadas em seu território, estariam atendidos os requisitos para interceptá-las na forma como pedido; declaração de que as informações extraídas da interceptação somente serão utilizadas como assinalado no pedido e que seus registros serão destruídos assim que não mais interessarem à investigação ou ao processo<sup>1539</sup>.

Para a homologação de sentença estrangeira, a Alemanha requer a concessão de um *exequatur*, que tem como pressupostos: apresentação da decisão, devidamente passada em julgado; prova de que a pessoa atingida teve a oportunidade de ser ouvida, teve defesa técnica e de que a decisão foi prolatada por Judiciário independente; o fato e a prescrição da sentença devem ser observados sob a lei alemã; inexistência, na Alemanha, de decisão correspondente ao mesmo fato. Uma vez obtido o *exequatur*, a autoridade competente decidirá sobre o pedido em si, segundo as prescrições de Direito interno<sup>1540</sup>.

A exemplo de diversos outros países, os requisitos extradicionais no sistema jurídico alemão também são bastante extensos e burocráticos<sup>1541</sup>: 1) os alemães não são extraditados pela Alemanha, como regra<sup>1542</sup>; 2) a dupla incriminação é exigida<sup>1543</sup>; 3)

---

<sup>1539</sup> *Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, Twentieth session, Vienna, 11-15 April 2011, Requesting mutual legal assistance in criminal matters from G8 countries: A step-by-step guide*, Disponível em: [http://www.coe.int/T/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC\\_documents/8\\_MLA%20step-by-step\\_CN152011\\_CRP.6\\_eV1182196.pdf](http://www.coe.int/T/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC_documents/8_MLA%20step-by-step_CN152011_CRP.6_eV1182196.pdf), acesso em 25/08/2015.

<sup>1540</sup> *Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, Twentieth session, Vienna, 11-15 April 2011, Requesting mutual legal assistance in criminal matters from G8 countries: A step-by-step guide*, Disponível em: [http://www.coe.int/T/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC\\_documents/8\\_MLA%20step-by-step\\_CN152011\\_CRP.6\\_eV1182196.pdf](http://www.coe.int/T/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC_documents/8_MLA%20step-by-step_CN152011_CRP.6_eV1182196.pdf), acesso em 25/08/2015.

<sup>1541</sup> *Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, Twentieth session, Vienna, 11-15 April 2011, Requesting mutual legal assistance in criminal matters from G8 countries: A step-by-step guide*, Disponível em: [http://www.coe.int/T/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC\\_documents/8\\_MLA%20step-by-step\\_CN152011\\_CRP.6\\_eV1182196.pdf](http://www.coe.int/T/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC_documents/8_MLA%20step-by-step_CN152011_CRP.6_eV1182196.pdf), acesso em 25/08/2015.

<sup>1542</sup> Exceção: se houver garantia de que o alemão extraditado, assim desejando, será enviado à Alemanha para fins de cumprimento de pena de prisão eventualmente aplicada em Estado-Membro da União

exige-se uma pena máxima para o crime, na Alemanha, de, ao menos, um ano de privação de liberdade; 4) a extradição para cumprimento de pena exige que o fato seja compatível com extradição para processamento, e a pena de prisão a ser cumprida deve ser de, no mínimo, quatro meses; 5) a extradição só é concedida sob as garantias prestadas pelo Estado requerente tais como exigidas pela Alemanha, entre as quais pode estar a garantia de reciprocidade; 6) a extradição não é concedida para casos de crimes políticos, para aqueles em que há razões bastantes para se acreditar que a pessoa requerida será tratada de forma preconceituosa por motivo de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política, para os que o crime militar para que se requer cooperação não tiver previsão correspondente como tipo penal comum, quando o fato é punível pelo Estado requerente com pena de morte, salvo em caso de compromisso de sua não aplicação ou de sua comutação em pena diversa, quando uma corte internacional acreditada pela Alemanha apreciou o fato correspondente e o julgou, salvo nos casos em que se configure pedido concorrente de entrega, ocasião em que serão processados e analisados ambos, antes de que a Alemanha decida qual será atendido; 7) são requisitos para o pedido: mandado de prisão concernente ao fato; exposição das circunstâncias do caso, com seus indícios e prova, de modo a se concluir pela existência de séria suspeita em desfavor do requerido; para o caso de cumprimento de pena, cópia da sentença e de seu trânsito em julgado ou certificado que o garanta; cópia da legislação aplicável; garantia pelo Estado requerente de que o requerido só será atingido pelos fatos atinentes ao pedido de cooperação, salvo autorização alemã; a garantia de que não haverá reextradição, sem consentimento alemão ou nos casos especiais que a lei trouxer<sup>1544</sup>.

---

Europeia; se o crime tiver uma conexão fundamental com o Estado requerente. Para a extradição de um alemão para processamento em Estado-Membro da UE, o crime deve ser punível com pena máxima de, no mínimo, 12 meses. Para o caso de cumprimento de pena, a sanção prisional deve ser não inferior a 4 meses.

<sup>1543</sup> A dupla incriminação, no âmbito da União Europeia, é dispensada, se, cumulativamente, a infração penal for punida com pena máxima de, no mínimo, três meses de prisão e, além disso, pertencer à categoria listada pelo Conselho da Europa.

<sup>1544</sup> No que tange aos países da União Europeia, a extradição não será admitida, ademais: se a pessoa requerida já foi julgada em outro Estado-Membro da UE pelos mesmos fatos, em última instância, e a sentença já foi executada, está em execução ou não poderá mais ser executada, segundo a lei do Estado prolator; se a pessoa não era imputável ao tempo da infração, segundo a lei alemã; se a sentença foi prolatada na ausência do réu, sem obediência às normas que privilegiam a sua efetiva presença; se a pena aplicável ou aplicada ao caso for de morte ou de prisão perpétua e não for comutada a limites toleráveis pela lei alemã. A documentação para a extradição entre países da UE deve conter os documentos e informações ordinariamente exigidos ou um Mandado de Detenção Europeu, com: identificação e cidadania do requerido, na forma como explicitado pelo Conselho da Europa; nome e endereço da autoridade judiciária requerente; declaração de existência de julgamento exequível, mandado de detenção ou de prisão ou outra decisão judicial exequível com idênticos efeitos legais; a natureza e caracterização legal do crime, incluindo as disposições legais

Os Tribunais Regionais de segunda instância (*Oberlandsgerichte*) são as cortes competentes para decidir sobre extradição, não podendo a autoridade central autorizá-la, se sua decisão foi negativa. Ao receber o pedido de extradição, o Ministério Público do *Oberlandsgericht* requererá ao Tribunal de Comarca de primeira instância (*Amtsgericht*)<sup>1545</sup> mais próximo da localização do requerido a sua audiência. O requerido será interrogado, expondo voluntariamente sua versão sobre os fatos, a menos que o Ministério Público tenha solicitado uma inquirição com perguntas acerca do caso. A pessoa que manifestar ausência de objeção à extradição será advertida da possibilidade de se proceder à extradição simplificada<sup>1546</sup>. Se o requerido se opuser à extradição, os autos serão remetidos ao *Oberlandsgericht* para decisão sobre seu cabimento. O *Oberlandsgericht* poderá, então, solicitar informações adicionais do Estado requerente, reexaminar as circunstâncias pessoais do requerido e solicitar a produção de outras provas relevantes para o caso, inclusive, a depender da hipótese, aquelas que subsidiem razões bastantes para crer que a pessoa é culpada ou que ela será efetivamente condenada. A forma e o alcance dessas provas adicionais serão determinados pelo *Oberlandsgericht*.

O *Oberlandsgericht* também procederá à audiência do requerido, com a presença e participação de defensor de sua escolha ou dativo e do representante do Ministério Público. Após, considerando fundamentadamente tudo o que foi trazido à baila, o *Oberlandsgericht* decidirá, podendo, após a decisão final, chegando-lhe ao conhecimento informações novas que interfeririam na decisão, modificá-la ou revogá-la e até prolar

---

pertinentes; descrição das circunstâncias em que o (suposto) crime foi cometido, incluindo modo de participação do requerido; pena máxima aplicável ao crime pela lei do Estado requerente ou, no caso de já existir condenação, pena concreta imposta. A extradição será recusada, se: estiver pendente procedimento criminal pelos mesmos fatos na Alemanha; se contra a pessoa requerida não foram, ainda, instaurados procedimentos criminais ou, se instaurados, foram arquivados; se, a pedido de extradição de outro Estado, deve ser dada precedência; se o Estado requerente não der ou não puder honrar reciprocidade. A regra de especialidade deve ser atendida, salvo se o crime não envolver sanção que prive liberdade ou medida de reabilitação ou incapacitação ou se o procedimento não alcance utilização de medidas coercitivas restritivas de liberdade pessoal; se as partes tiverem acordado uma renúncia correspondente. A renúncia é irrevogável e disso o requerido deve ser claramente advertido. (*Act on International Cooperation on Criminal Matters, Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen – IRG*, Disponível em: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_irg/englisch\\_irg.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_irg/englisch_irg.html) (versão em inglês, acesso em 25/08/2015), Part II, Section 41).

<sup>1545</sup> O Poder Judiciário alemão tem, como primeiras instâncias, os tribunais de comarca (*Amtsgericht*) e os regionais (*Landgericht*), conforme a causa. Já os tribunais de relação ou recurso chamam-se *Oberlandesgericht*. A Corte Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*) é a última instância para casos de Direito Civil e Penal, tendo, como missão, não só julgar recursos, mas também unificar sentenças divergentes emitidas por tribunais inferiores.

<sup>1546</sup> A extradição simplificada pode ser realizada, quando a pessoa requerida consentir com o pedido e essa modalidade de processá-lo, devendo ser devidamente cientificada de todas as implicações de seu consentimento, uma vez que ele é irrevogável e determina uma forma de analisar a extradição bem menos ampla.

nova<sup>1547</sup>. Se, concedida pelo *Oberlandsgericht* a extradição, houver riscos a sua efetividade, pode-se determinar a prisão cautelar daquele requerido que ainda não estiver preso, ou prolongar sua prisão<sup>1548</sup>. Para além de tudo isso, o procurador-geral do Ministério Público com atuação no *Bundesgerichtshof*, ou o Ministério Público, podem provocar o *Bundesgerichtshof* (mais alto tribunal de jurisdição não constitucional na Alemanha) para que esclareça, decida ou uniformize determinado ponto controverso ou orientação que pretende seguir o *Oberlandsgericht*, os quais sejam de importância para a extradição em questão<sup>1549</sup>.

Também para a homologação de julgamentos estrangeiros<sup>1550</sup>, a cooperação alemã só pode ser concedida se: for solicitada por autoridade competente que proveja a decisão completa de que não caiba recurso; no procedimento penal que deu origem à decisão, a pessoa atingida teve oportunidade de ser ouvida e defesa adequada, bem como se teve a decisão prolatada por corte independente e estava sujeita a recurso para outro Juízo; segundo a lei alemã, o caso estaria sujeito a sanção criminal ou a busca, apreensão e alienação seriam possíveis; se for o caso de cooperação que envolva busca e apreensão, cópia e/ou original de decisão do Estado requerente; segundo a lei alemã, não estejam os fatos prescritos; salvo situação excepcional, a pessoa ou os bens atingidos devem estar localizados na Alemanha; a sanção imposta no Estado requerente, que se pretende homologar, deve ter modalidade similar na Alemanha; ordens de privação de direito, de suspensão de direito, de limitação de direito e de perda de capacidade somente serão admitidos, se houver previsão para tanto em acordos internacionais de que faça parte a Alemanha, os quais estejam em conformidade com as disposições da Constituição Federal alemã (Artigo 59, 2, *Grundgesetz*<sup>1551</sup>).

---

<sup>1547</sup> Act on International Cooperation on Criminal Matters (*Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen – IRG*). Disponível em: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_irg/englisch\\_irg.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_irg/englisch_irg.html) (versão em inglês. Acesso em: 25 ago. 2015), Part II, Section 33.

<sup>1548</sup> Act on International Cooperation on Criminal Matters (*Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen – IRG*). Disponível em: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_irg/englisch\\_irg.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_irg/englisch_irg.html) (versão em inglês. Acesso em: 25 ago. 2015), Part II, Section 41.

<sup>1549</sup> Act on International Cooperation on Criminal Matters (*Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen – IRG*). Disponível em: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_irg/englisch\\_irg.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_irg/englisch_irg.html) (versão em inglês. Acesso em: 25 ago. 2015), Part II, Section 42.

<sup>1550</sup> Act on International Cooperation on Criminal Matters (*Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen – IRG*). Disponível em: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_irg/englisch\\_irg.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_irg/englisch_irg.html) (versão em inglês. Acesso em: 25 ago. 2015), Part IV.

<sup>1551</sup> Constituição Federal alemã. Disponível em: <https://www.bundestag.de/grundgesetz> (versão original. Acesso em: 25 ago. 2015); [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gg/](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/) (versão em inglês, acesso em 25/08/2015).

É o *Landgericht* do local de residência da pessoa ou de localização dos bens atingidos que decidirá o pedido. Se não houver como fixar um local, será competente o *Bundesgerichtshof*. A decisão deve ser comunicada ao *Bundeszentralregister*. Em seguida, o Ministério Público com jurisdição pela lei alemã executará a decisão como se alemã fosse<sup>1552</sup>. Os mesmos elementos burocratizantes são exigidos para outros tipos de instrumentos cooperativos, tais como a transferência temporária de presos<sup>1553</sup>, o confisco e alienação no âmbito da União Europeia<sup>1554</sup> e a indisponibilidade, busca e apreensão<sup>1555</sup>.

---

<sup>1552</sup> *Act on International Cooperation on Criminal Matters (Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen – IRG)*, Disponível em: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_irg/englisch\\_irg.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_irg/englisch_irg.html) (versão em inglês. Acesso em: 25 ago. 2015), Part IV.

<sup>1553</sup> Exige-se: consentimento do preso, que deve ser cientificado de que ele é irrevogável; que a medida não alongue o tempo de prisão ou ameace os fins do procedimento criminal; que haja garantias efetivas de que o preso não será alcançado por nenhum procedimento diferente daquele para que foi transferido; que haja garantias de que o preso será devolvido à Alemanha, tão logo cumpridos os objetivos da cooperação. O pedido se processará judicialmente no âmbito do *Oberlandsgericht* do local onde a pessoa estiver presa, se for de transferência de preso na Alemanha para o exterior. No caso de pedido de preso no exterior para transferência provisória à Alemanha, é competente o *Amtsgericht* do local onde oficia o Ministério Público que conduz o caso. (*Act on International Cooperation on Criminal Matters - Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen – IRG*. Disponível em: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_irg/englisch\\_irg.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_irg/englisch_irg.html) (versão em inglês). Acesso em: 25 ago. 2015), Part V, Section 62, Section 63, Section 69 e Section 70.

<sup>1554</sup> São pré-requisitos para a admissibilidade do pedido: pedido formulado por autoridade competente de Estado-Membro da União Europeia, devidamente acompanhado da documentação necessária para seu conhecimento e apreciação; atendimento da dupla incriminação ou da regra para sua dispensa (infração penal é punida com pena máxima de, no mínimo, três meses de prisão e, além disso, pertencer a categoria listada pelo Conselho da Europa). O pedido de confisco e alienação não será executado, se: o crime tiver sido cometido no território alemão ou for punível pela lei alemã; a pessoa condenada não tiver comparecido a audiência em que se prolatou a ordem de confisco e alienação, nem se fez representar por defensor, salvo se a pessoa já declarara seu desinteresse em contestar a ordem ou se, no Estado requerente, a pessoa e sua defesa foram devidamente intimados para a audiência; outro Estado já julgou o mesmo caso e a sentença respectiva já foi executada, está sendo executada ou não pode mais ser executada, exceto se o confisco e alienação puderem ser ordenados separadamente, segundo a lei alemã; para crimes para os quais a lei alemã é aplicável e que a execução for vedada, salvo casos de confisco e alienação que puderem ser ordenados separadamente. Uma cópia da ordem deve ser enviada, juntamente com certificado contendo: nome e endereço da Corte que ordenou a destituição ou confisco; nomes e endereços das autoridades judiciárias com competência para o pedido; descrição, tão precisa quanto possível, da pessoa física ou jurídica contra quem a decisão terá de ser executada; o valor monetário ou a descrição de outro ativo a ser alcançado pela execução do pedido; as razões para a ordem; descrição de circunstâncias do crime, incluindo tempo e lugar; a natureza e caracterização legal do crime, inclusive as previsões legais correspondentes; e informações sobre comparecimento da pessoa atingida a audiência ou do motivo de isso não ter sido necessário. Um pedido que contenha todos os pressupostos e documentos enumerados na legislação não deve ser recusado, salvo se: o crime foi cometido na Alemanha ou em um dos meios de transporte que atraem a jurisdição alemã, segundo a sua lei; o crime não foi cometido no Estado requerente ou na Alemanha e a lei alemã não se aplica ou o caso não corresponde a crime pela lei alemã; existe uma decisão alemã de confisco que recaia sobre os mesmos bens e o interesse público recomende a precedência da ordem prolatada na Alemanha; um pedido de terceiro Estado foi recebido, recaia sobre os mesmos bens e razões de interesse público lhe recomendam precedência. (*Act on International Cooperation on Criminal Matters - Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen – IRG*. Disponível em: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_irg/englisch\\_irg.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_irg/englisch_irg.html) (versão em inglês). Acesso em: 25 ago. 2015), Part IX, Paragraph 3.

<sup>1555</sup> Para efetivação de pedidos constritivos dessa natureza, a dupla incriminação da União Europeia é requerida: cumulativamente, pena máxima de prisão de, no mínimo, três anos e crime pertencente a categoria

## 12.8 - Dos crimes de transcendência internacional no ordenamento jurídico alemão

### 12.8.1 – O crime de tráfico de drogas no ordenamento jurídico alemão

Remetendo ao que já será dito a respeito na exposição da lei portuguesa, eis que Portugal e Alemanha seguem de perto as diretivas do Conselho da Europa, sendo que a Lei Federal alemã que trata de crimes pertinentes a drogas é o *Betäubungsmittelgesetz (Narcotic Drugs Act)*<sup>1556</sup>. A lei é conhecida, na Alemanha, como BtMG. Respeitando seu modelo federativo, o comércio, circulação e armazenamento de drogas ligados a acessos por motivos de efetivo exercício de profissão que maneja ou tem autoridade para prescrever ou ter em posse as substâncias controladas são fiscalizados por cada *Bundesland*<sup>1557</sup>.

Em visão simplificada, podem dizer respeito a tráfico transnacional de drogas na BtMG: a) comércio, produção e cultivo de droga ilícita ou sem a comercialização, a importação, a exportação, a venda, o fornecimento, qualquer colocação no mercado, aquisição ou produção de drogas; b) produzir ou ter em posse a droga, sem autorização isentiva para fabrico ou aquisição; c) prescrição, administração ou fornecimento da droga, em desacordo com a lei; d) possuir os meios para ofertar ou ofertar informações relativas à aquisição e fornecimento ilegal de drogas, informar acerca de oportunidade de publicidade de drogas ilícitas, bem assim, sem motivos egoísticos, incitar outra pessoa ao uso desautorizado de droga; e) publicizar drogas, em uso desautorizado, publicamente, em encontros, ou por disseminação de material publicitário; f) pôr à

---

listada pelo Conselho da Europa. Não serão admitidos os pedidos que: incidam em vedação à apropriação pela lei alemã; se a pessoa já foi julgada pelos mesmos fatos em terceiro Estado, e a sentença tenha sido executada, esteja em execução ou não possa mais ser executada, salvo se a privação ou confisco de bens puder ser ordenada separadamente segundo a lei alemã. Para a instrução do pedido, requer-se: nome e endereço da autoridade judiciária requerente; descrição do ativo ou bem a ser indisponibilizado; descrição, mais precisa possível, da pessoa física ou jurídica que é suspeita da prática de crime sob a lei do Estado requerente; uma explanação das razões para a ordem de indisponibilidade; descrição de circunstâncias do crime, incluindo tempo e local; a natureza e caracterização legal do crime, incluindo as disposições legais correspondentes. (*Act on International Cooperation on Criminal Matters - Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen – IRG*. Disponível em: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_irg/englisch\\_irg.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_irg/englisch_irg.html) (versão em inglês. Acesso em: 25 agos. 2015), Part X, section 94 e Section 95).

<sup>1556</sup> Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/btmg\\_1981/gesamt.pdf](https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/btmg_1981/gesamt.pdf) e em: [http://www.bmg.bund.de/fileadmin/dateien/Downloads/Gesetze\\_und\\_Verordnungen/GuV/N/Narcotic\\_Drugs\\_18\\_12\\_2009.pdf](http://www.bmg.bund.de/fileadmin/dateien/Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/N/Narcotic_Drugs_18_12_2009.pdf). Acesso em 29 fev.2016.

<sup>1557</sup> Disponível em: [http://www.bfarm.de/EN/FederalOpiumAgency/narcoticDrugs/\\_node.html](http://www.bfarm.de/EN/FederalOpiumAgency/narcoticDrugs/_node.html). Acesso em 29 fev. 2016.

disposição de outrem meios financeiros ou recursos de mercado para a prática de crimes da lei em questão. g) sendo pessoa acima de 21 (vinte e um) anos, fornecer, administrar ou pôr à imediata disposição drogas a menor de 18 (dezoito) anos, em desacordo com a lei. O juiz por deixar de aplicar a pena, se o cultivo, a produção, a exportação, a exportação, o trânsito ou a posse de droga for concernente a pequena quantidade para uso pessoa, isto é, há criminalização, há manutenção das penas e das condenações, porém, após a condenação, o juiz pode desvestir as sanções criminais respectivas de sanção criminal. Difere, portanto, da lei portuguesa, em que há descriminalização de uso e posse de pequenas quantidades de droga para uso.

Muito provavelmente pela ausência de consenso dos Estados e mesmo de ausência de objetividade sobre a adequação da política de drogas para cada perfil de sociedade, o Conselho de Segurança da ONU e o Conselho da Europa não se atrevem a indicar uma política única a ser seguida para a questão da posse de pequenas quantidades de droga para uso próprio e aspectos diversos que orbitam o tema. Assim, respeitando as já visões pós-modernas acerca do problema das drogas, tomando o tráfico como atividade de grande nocividade e o uso pessoal como atividade que também pode merecer política do Estado como vítima da empresa de drogas, aos Estados é dado atentar para medidas de prevenção e tratamento, independentemente da criminalização do uso e da posse de pequenas quantidades de droga para uso. Assim é na Alemanha também.

### **12.8.2 - O crime de organização criminoso no ordenamento jurídico alemão**

A despeito de, tradicionalmente, a Federação Alemã não ter desenvolvido, em seu seio, organizações criminosas ao estilo daquelas que se destacaram nos EUA, na Itália, no Japão ou na Rússia, há, inegavelmente, preocupação com a atuação internacional de organizações estrangeiras, bem como questões de alargamento da definição de crime organizado, de modo a abranger empresas criminosas decerto atuantes em território alemão. Atentando para esse fenômeno mundial, a Alemanha tem discutido, detida e reiteradamente, a saída dos limites de definição de crime organizado tradicionais, fixados em 1986, por meio das Regras Comuns aos Ministérios e Congregações Judiciárias Federais e dos *Bundesländer* para a Cooperação entre Ministério Público e Polícia no que

Concerne a Crime Organizado<sup>1558</sup>, para definições mais amplas, inclusive por ser signatária e ter ratificado a Convenção de Palermo contra o crime organizado transnacional, em que, como já visto, há preocupação com a empresa criminosa em seu mais largo espectro de atuação<sup>1559</sup>.

Todavia, diante de certa indefinição a respeito do que seria uma ideia precisa e moderna de crime organizado, anteriormente à Convenção, em julho de 1992, entrou em vigor a *Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität – OrgKG (Organized Crime Control Act)*<sup>1560</sup>, que criou inúmeros instrumentos de investigação e combate a tais empreitadas criminosas, mas resistiu à fixação do que seria crime organizado para fins criminais, eis que não trouxe elementos de clareza e precisão compatíveis com previsão criminal<sup>1561</sup>. Remanesceu, então, para sanções penais judiciais, a tipificação legal fixada nas regras comuns citadas, bem assim aquela do § 129 do *Strafgesetzbuch (Código Penal Germânico)*<sup>1562</sup> que, em resumo, respeitam o cometimento planejado de crimes – considerados importantes em si – na busca de ganhos ou de poder, desde que ajam consertadamente, por período indefinido de tempo, duas ou mais pessoas, por meio de: emprego de estruturas de *business* ou assemelhadas a negociais; por meio da força ou outros que possam levar à intimidação; por meio de atuação para influenciar políticos, mídia, administração pública, autoridades judiciais ou indústria e comércio.

### 12.8.3 - O crime de tráfico de pessoas no ordenamento jurídico alemão

Em tempos recentes, a Alemanha, adequando-se à Convenção de Palermo e a seus protocolos adicionais, tem modificado suas tipificações criminais no contexto do

---

<sup>1558</sup> Disponível em: [https://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren\\_und\\_dozenten/kinzig/forschung/abgeschlossen/kinzig\\_e.html](https://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren_und_dozenten/kinzig/forschung/abgeschlossen/kinzig_e.html). Acesso em: 1 mar 2016.

<sup>1559</sup> Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/index.html> e em: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-12&chapter=18&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12&chapter=18&lang=en). Acesso em 1 mar 2016.

<sup>1560</sup> Disponível em: <https://www.jurion.de/Gesetze/OrgKG>. Acesso em 1 mar. 2016.

<sup>1561</sup> Disponível em: <http://www.ramthun.net/aufsatz/aufsatz.html#4.1>. Acesso em: 1 mar 2016.

<sup>1562</sup> Disponível em: [https://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren\\_und\\_dozenten/kinzig/forschung/abgeschlossen/kinzig\\_e.html](https://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren_und_dozenten/kinzig/forschung/abgeschlossen/kinzig_e.html). Acesso em: 1 mar 2016.



*Strafgesetzbuch*<sup>1563</sup> (*Código Penal Germânico*). Uma crítica que se faz à Alemanha é que sua legislação criminal acerca do tráfico transnacional de pessoas e de migrantes ainda seria muito branda, além de ter desrespeitado a *deadline* do Conselho da Europa na implementação legal de *guidelines* e diretivas. A esse título, por exemplo, cita-se que a conduta de trazer um menor de idade da Romênia para a Alemanha e forçá-lo à prostituição seria criminalmente qualificada como abuso sexual e exploração, e não como tráfico de transnacional de pessoa<sup>1564</sup>.

De regra, as normas penais incriminadoras concernentes a tráfico de pessoas estão no Capítulo 18<sup>1565</sup> do *Strafgesetzbuch* (Código Penal Germânico), do que vale destacar, em ligeiro apanhado: a) remanejar ou induzir a remanejo de pessoa para engajamento em atividades de prostituição, atividades sexuais ou atos sexuais forçados; b) para exploração de seu trabalho, mediante submissão a condição análoga à de escravo, servidão, trabalho forçado, ou trabalho em discrepância de condições com outros trabalhadores da mesma atividade; c) para prestar qualquer tipo de assistência ou facilidade à atividade de tráfico de pessoa; d) adquirir controle físico sobre pessoa, mediante força, ameaça, lesão grave ou engodo, a fim de proceder a seu abandono em desamparo ou sua entrega a forças militares ou paramilitares; e) abduzir ou negar acesso de menor a seus pais ou a pessoa que lhe detenha a guarda; f) negligentemente, deixar menor sob sua guarda ser explorado economicamente; bem assim a busca, oferta, auxílio à busca ou oferta de adoção de menor com fim econômico-financeiro.

#### 12.8.4 - O crime de branqueamento de capitais no ordenamento jurídico alemão

O *Geldwäschegesetz – GwG (Money Laundering Act)* de 2008, emendado em 2011, é fonte das previsões típicas penais alemãs acerca de branqueamento de capitais para financiamento do terrorismo. Tal lei o faz por meio de remissões conjuntas a figuras já existentes sobre terrorismo e lavagem de dinheiro. Para os demais casos, o *Strafgesetzbuch*

---

<sup>1563</sup> Disponível em: [http://www.stiftung-evz.de/fileadmin/user\\_upload/EVZ\\_Uploads/Publikationen/Englisch/study\\_human\\_trafficking\\_in\\_germany.pdf](http://www.stiftung-evz.de/fileadmin/user_upload/EVZ_Uploads/Publikationen/Englisch/study_human_trafficking_in_germany.pdf). Acesso em 1 mar. 2016.

<sup>1564</sup> Disponível em: <http://www.dw.com/en/germany-too-lax-on-human-trafficking/a-16724634>. Acesso em: 1 mar. 2016.

<sup>1565</sup> Disponível em: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html#p1916](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1916). Acesso em 1 mar.2016.

(*Código Penal Germânico*), em sua seção 261, traz a figura do branqueamento de capitais, do que se destaca esconder, ocultar a origem ou obstruir investigação da origem de recurso atinente a crime de conspiração ou a crimes indicados da lei de drogas e outros referidos pela lei. A negligência em relatar a suspeita fundada sobre recurso que acredite ser vinculado à atividade criminosa também é punível. Logicamente, o auxílio direto às condutas de lavagem são, igualmente, condutas de branqueamento de capitais.

### 12.8.5 - O crime de corrupção no ordenamento jurídico alemão

Na Alemanha, os crimes de corrupção são introduzidos no sistema penal por previsão no *Strafgesetzbuch (Código Penal Germânico)*: suborno na área comercial, suborno de agentes públicos, pagamento ilegal ou sua promessa, bem como benefício indevido ou solicitação de pagamento ou benefício indevido e, por fim, facilitação de pagamento indevido são as principais condutas. Ao fim da década de 1990, a Alemanha levou a efeito legislação em conformidade com a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, a *Gesetz zu dem Übereinkommen vom 17. Dezember 1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr – IntBestG (Law on Combating Bribery of Foreign Officials in International Business Dealings)*<sup>1566</sup>. A partir de então, restaram criminalizadas as condutas de corrupção, quando dirigidas a agentes estrangeiros<sup>1567</sup>.

Pouco mais adiante, a legislação alemã foi agravada para incluir alguns agentes da União Europeia na Alemanha e estrangeiros, como também o suborno nos mercados externos (*Gesetz zu dem Protokoll vom 27. September 1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften – EuBestG-*)<sup>1568</sup>. A Convenção de Palermo, já abundantemente mencionada em outros tópicos, foi assinada em 2003, e a Federação Alemã tem buscado

<sup>1566</sup> Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/intbestg/>. Acesso em: 1 mar.2016.

<sup>1567</sup> O Código Penal Alemão – *Strafgesetzbuch* –, tal como o Código Penal Português (artigo 373º, número 1), pune mais severamente a corrupção passiva para acto ilícito, §332 (*Bestechlichkeit*) com uma pena de prisão que pode chegar até cinco anos. Essa pode ainda ser aumentada para o dobro, se estivermos perante magistrado.

<sup>1568</sup> Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/eubestg/>. Acesso em: 1 mar 2016.

atender a seus compromissos. Remanesce, todavia, sem adequada previsão criminal, o suborno a parlamentares, punível apenas no contexto de compra e venda de votos<sup>1569</sup>.

### 12.8.6 – O crime de terrorismo no ordenamento jurídico alemão

Consoante o perfil de capacidade contra terrorista, elaborado pelo Codexter (Comitê de Expertos em Terrorismo) – portanto, partindo de uma perspectiva de Direito Comunitário europeu e de dados evidenciados, aferidos pelo Conselho da Europa em 2011, acerca da Alemanha, esta possui papel ativo na luta contra atividades de terrorismo, seja pelo combate em seu território soberano, seja pela cooperação internacional. Extraí-se, nesse pertinente, que a República Federal da Alemanha adota, concernentemente aos crimes de terrorismo, efetivos meios de processamento e bem sucedida prevenção, todos pautados em *standards* compatíveis com o Estado de Direito. A lei penal alemã que toca o terrorismo está totalmente concentrada no âmbito do *Strafgesetzbuch* (*Código Penal Germânico*), ainda que nele encontrem-se previsões não sequenciais<sup>1570</sup>.

Um ligeiro debruçar sobre o que interessa no *Strafgesetzbuch* dá-nos o seguinte panorama de tipificação penal: a) atos terroristas individuais são punidos, em regra, pelas figuras penais mais gerais de homicídio e lesão corporal; crimes contra a liberdade pessoal; crimes contra a ordem pública e crimes de perigo público, tais como incêndio, explosão e envenenamento; b) por inovação legislativa veiculada em 2009 pela *Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten – GVVG- (Act on the Prosecution of the Preparation of Serious Violent Acts Endangering the State)*<sup>1571</sup>, ao *Strafgesetzbuch* foram adicionadas as figuras de: 1. preparação de ato violento grave, expondo o Estado a perigo ao, *inter alia*, a') instruir ou ser instruído acerca de manufatura ou uso de armas de fogo, explosivos, dispositivos explosivos ou incendiários, combustível nuclear ou substâncias radioativas, outras substâncias perigosas

---

<sup>1569</sup> Disponível em: <https://www.expertguides.com/articles/germany-brief-overview-on-recent-anti-corruption-legislation/ge6315be>. Acesso em: 1 mar 2016.

<sup>1570</sup> Disponível em: [https://www.coe.int/t/dlapil/codexter/Source/country\\_profiles/CODEXTER\\_Profiles\\_2011\\_Germany\\_EN.pdf](https://www.coe.int/t/dlapil/codexter/Source/country_profiles/CODEXTER_Profiles_2011_Germany_EN.pdf). Acesso em: 2 mar. 2016.

<sup>1571</sup> Disponível em: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_GVVG\\_AendG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_GVVG_AendG.pdf?__blob=publicationFile&v=5). Acesso em: 2 mar. 2016.

para a saúde ou de equipamento especial necessário para a consecução do ato; b') manufaturar, adquirir para si ou para outrem, estocar ou guardar ou tornar disponível para outrem armas, substâncias ou equipamento; c') arrecadar, aceitar ou tornar disponível ativos de relevância diminuta para o cometimento de tal ato (Seção 89a); 2. com a intenção de receber instrução para o cometimento de ato violento sério de perigo contra o Estado, manter contato com organização terrorista (Seção 89b); 3. disseminar, por qualquer veículo, escritos cujo conteúdo seja apto a servir de guia para prática de ato violento grave de perigo contra o Estado (Seção 91); 4. participar ou formar organização cujos objetivos sejam cometimento de assassinios, massacres, tomada de reféns, sequestros ou outros crimes graves, assim como infligir danos físicos ou psicológicos graves a outrem, sabotar computadores, incendiar, praticar determinados crimes ambientais graves ou crimes envolvendo armas de fogo, ou outros crimes graves, desde que o propósito seja intimidar seriamente população, ameaçar uso de violência ou efetivamente usar de violência para forçar Governo ou organização internacional a agir sob pressão, como também o de eliminar as estruturas básicas políticas, constitucionais, econômicas ou sociais de um Estado ou organização internacional, ou, ainda, por fim, interferir de modo a causar consideráveis danos ao Estado ou à organização internacional.

A prestação de auxílio ou suporte a esse crime também é tipificada (Seção 129a), sendo entendida como: fundação, filiação, suporte ou recrutamento de membros ou de auxiliares de organização terrorista no exterior, que não tenha qualquer suborganização na Alemanha. Caso a organização esteja fora do espaço da União Europeia, exige-se conexão à Alemanha por suspeito alemão, perpetrador ou vítima alemães ou em território alemão. É condição objetiva de procedimento que o Ministro Federal da Justiça autorize o processamento, caso a caso, ou já de forma a abranger casos identificados no futuro, em sendo hipótese de organização criminosa determinada, especificada na autorização (Seção 129b).

## E – Portugal

### 12.9 – O sistema jurídico português de cooperação penal internacional

Nos últimos anos, verifica-se, na generalidade dos países europeus, uma crescente dinâmica no campo das alterações normativas do Direito Penal e Processual Penal. No sistema português, mais especificamente, a busca por uma mais eficiente justiça penal e uma maior proteção dos direitos fundamentais trouxe significantes transformações no sistema normativo, entre os anos de 1982 e 2010<sup>1572</sup>. Durante muitos anos, o processo penal português foi gradualmente condicionado pelo Direito supranacional diretamente aplicável da União Europeia e influenciado pelas normas diretivas de Direito europeu. Além das substanciais modificações na legislação infraconstitucional, enveredadas, com maior profusão, pontualmente nos anos de 1995, 1997, 2000 e 2007, o texto constitucional sofreu, no âmbito penal e processual penal, relevantes transformações em, ao menos, cinco das sete revisões constitucionais.

Portugal, como Estado fundador da União Europeia – e tendo passado sua evolução desde o Tratado de Maastricht (1992) até Amsterdã (1997) – apresenta sua legislação de cooperação penal internacional afinada com os mecanismos e situações de integração criados em seu âmbito, encontrando-se em um contexto de especial confiança mútua interestatal que, em muito, favorece a cooperação, especialmente, no que se refere aos Estados participantes da União Europeia<sup>1573</sup>. Assim, no plano da cooperação penal internacional, Portugal tem seguido a tendência da maioria dos Estados europeus de, cada vez mais, abranger e estender o seu flanco de atuação normativa através de tratados, tanto com países do sistema continental quanto com países do sistema anglo-saxão<sup>1574</sup>.

---

<sup>1572</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra editora, 2012, p. 13; IDEM, *Direito Processual Penal*, I volume, Coimbra Editora, 1987, p. 60; IDEM, *Direito Penal Português - Parte Geral 2. As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra Editora, 2009, p. 70.

<sup>1573</sup> Nesse sentido, segundo Caeiro, a União serviu, no domínio da cooperação judiciária em matéria penal, como uma espécie de ambiente catalizador da concentração de vontades entre os vários Estados, que adotaram, no seu âmbito, diversas posições e ações comuns (CAEIRO, Pedro. *Cooperação Judiciária na União Europeia*. In: *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, Coimbra Editora, 2009, p. 72).

<sup>1574</sup> O Estado é, pois, signatário das Convenções de Extradicação de Bruxelas (1995) e Dublin (1996). A primeira trouxe um processo simplificado de entrega de pessoas no caso de consentimento do investigado (prescindindo-se do processo formal de extradicação). A segunda eliminou o requisito da dupla imputação em relação ao crime de associação criminosa, admitiu a extradicação nos casos de crimes políticos e instituiu a obrigação de extradicação inclusive de nacionais. Quanto a esse último ponto, Portugal passou a admitir a extradicação de seus nacionais, desde que preenchidos determinados requisitos (revisão constitucional de

Nesse sentido, além das dezenas de acordos bilaterais com países pertencentes à *Civil Law* - registrando-se, aqui, de um modo bem destacado, o Brasil - fazem parte da dinâmica de cooperação internacional assimilada pelo sistema português com países da *Common Law*, ao longo das últimas décadas, entre outros, os seguintes tratados: Acordo entre a União Europeia e os Estados Unidos da América sobre auxílio judiciário mútuo de 19 de julho de 2003; Protocolo sobre o Processo de Deportação de Cidadãos Portugueses dos Estados Unidos da América e de Cidadãos Americanos em Portugal, assinado em 30 de maio de 2000; Acordo entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América para Reforçar a Cooperação no Domínio da Prevenção e do Combate ao Crime, de 30 de junho de 2009; Instrumento entre a República Portuguesa e os EUA conforme o n.º 3 do Acordo entre a UE e os EUA sobre o Auxílio Judiciário Mútuo, assinado em 25 de junho de 2003; Instrumento entre a República Portuguesa e os EUA feito em Washington, em 14 de julho de 2005, conforme o n.º 2 do artigo 3º do Acordo entre a UE e os EUA sobre extradição, assinado em 25 de junho de 2003; Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal com o Canadá, assinado em 24 de junho de 1999; Acordo sobre a Repatriação de Cidadãos Nacionais com o Canadá, datado de 05 de setembro de 2000, entre outros.

No âmbito interno, a Lei n.º 144/1999 (Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal) disciplina, em Portugal, os instrumentos de cooperação que ela enumera, quais sejam: extradição<sup>1575</sup>, transmissão de processos penais, execução de sentenças penais, transferência de pessoas condenadas a penas e medidas de segurança privativas da liberdade<sup>1576</sup>, vigilância de pessoas condenadas ou libertadas

---

1997). No que tange ao regime constitucional de extradição do sistema português, incluindo a extradição ou não de nacionais, ver, por todos: CAEIRO, Pedro. Proibições constitucionais de extraditar em função da pena aplicável (o estatuto constitucional das proibições de extraditar fundadas na natureza da pena correspondente ao crime segundo o direito do Estado requerente antes e depois da Lei Constitucional n.º 1/97). In: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (ed.), *A Inclusão do Outro*. Coimbra: Coimbra Editora, Studia Iuridica 66 [Colloquia 9], 2002, p. 155-170.

<sup>1575</sup> Quanto a tal instituto, o regime definido na Convenção de Extradição entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (de 23 de novembro de 2005, ratificada pelo Decreto do Presidente da República 67/2008, sendo publicada no *Diário da República I*, n. 178, de 15.09.2008, entrando em vigor em 01 de março de 2010) revogou a regulamentação fixada na referida lei (bem como, reciprocamente, na Lei de extradição brasileira n.º 6.815), no que diz respeito à cooperação judiciária entre os correspondentes Estados-Membros. A Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP) inclui os Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP), o Brasil, Portugal e o Timor-Leste, mas não Macau, região autónoma especial da República Popular da China.

<sup>1576</sup> A previsão é contida na Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, assinada na Cidade da Praia em 23 de Novembro de 2005 (*Diário da República*, 1.ª série — N.º 178 — 15 de Setembro de 2008, Decreto do Presidente da

condicionalmente e auxílio judiciário mútuo em matéria penal <sup>1577</sup> (art. 1.º, 1, “a”, “b”, “c”, “d”, “e” e “f”, respectivamente). A própria lei fixa que suas disposições são subsidiárias às disposições de tratados ou convenções celebrados pela República Portuguesa, os quais, portanto, prevalecerão em caso de conflito <sup>1578</sup>. Além da extensa e minudente lista de acordos bilaterais de extradição, os quais, por si sós, tornam complexa a dinâmica de cooperação do instituto <sup>1579</sup>, as dificuldades de tramitação também são evidentes nas cooperações, através da transmissão de processos penais <sup>1580</sup>; da execução ativa <sup>1581</sup> e passiva <sup>1582</sup> de sentenças penais <sup>1583</sup>, da transferência ativa <sup>1584</sup> e passiva <sup>1585</sup> de pessoas condenadas e da vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente <sup>1586</sup>.

---

República n.º 66/2008), no que diz respeito à cooperação judiciária entre os correspondentes Estados Membros.

<sup>1577</sup> A disciplina da Convenção de Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, assinada na Cidade da Praia em 23 de novembro de 2005 (Diário da República, 1.ª série — N.º 177 — 12 de setembro de 2008, Decreto do Presidente da República n.º 64/2008 de 12 de Setembro) revogou a regulamentação fixada na referida Lei, no que diz respeito à cooperação judiciária entre os correspondentes Estados-Membros.

<sup>1578</sup> Art. 3.º da Lei n.º 144/1999.

<sup>1579</sup> Portugal possui instrumentos internacionais vigentes acerca de extradição com os seguintes países: Marrocos, China, Argélia, Índia, Estados Unidos da América, México, Tunísia, Brasil, Austrália, Botsuana e, no âmbito da União Europeia e países vizinhos, os inúmeros acordos e convenções celebrados, inclusive o Acordo de Schengen. (Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>. Acesso em: 10 ago. 2015).

<sup>1580</sup> Arts. 79 a 93 da Lei n.º 144/1999. São os seguintes os pressupostos: a extradição pelos mesmos fatos deve ser incabível ou ter sido negada; o Estado estrangeiro deve prestar compromisso de que não haverá processo da pessoa em questão pelo mesmo fato, caso haja julgamento definitivo em Portugal; para os fatos deve ser prevista pena ou medida de segurança privativas de liberdade com duração máxima não inferior a 01 ano ou, sendo o caso de pena pecuniária, não inferior a 30 (trinta) unidades de conta processual; dupla incriminação; que o suspeito ou arguido seja português ou tenha residência habitual em Portugal; e que o pedido se justifique pela boa administração da Justiça ou no interesse de melhor futura reinserção social.

<sup>1581</sup> Para a execução de sentenças portuguesas (arts. 104 a 109 da Lei n.º 144/1999), os pressupostos são: o condenado deve ser nacional do Estado que postula a execução de sentença portuguesa ou nele residente ou, ainda, condenado português lá residente; a extradição deve ser impossível ou desaconselhada ou tiver sido negada; devem existir fundadas razões para crer que a cooperação resultará em futura melhor reinserção social do condenado; as penas devem ter reprimenda mínima abstrata igual aos parâmetros exigidos no item “I”, sendo possível que, excepcionalmente, penas menos graves sejam admitidas, com base em entendimentos ou tratados, acordos ou convenções; o condenado deve ser dado consentimento para a execução da sentença portuguesa em país estrangeiro; o Estado estrangeiro deve se comprometer a não agravar a pena imposta em Portugal.

<sup>1582</sup> Os pressupostos para a execução em Portugal (arts. 95 a 103 da Lei n.º 144/1999) são: a sentença estrangeira deve ter sido proferida com respeito às regras estrangeiras de competência; as citações, intimações e eventual revelia têm de ter ocorrido dentro de parâmetros fixados em lei e considerados razoáveis; a sentença não pode contrariar os princípios fundamentais do Direito português; não pode haver processo correspondente aos mesmos fatos e pessoas em Portugal (*non bis in idem*); o requisito da dupla incriminação deve ser atendido; o condenado deve ser português ou residir em Portugal; a cooperação deve ter sido tal que se justifique pelo interesse da melhor reinserção social do condenado ou da reparação do dano causado pelo crime; o Estado estrangeiro deve dar garantia de que, cumprida a sentença em Portugal, será extinta a punibilidade do condenado; a cooperação só será admitida a processamento se as penas ou medidas de segurança privativas de liberdade em questão forem tais que não inferiores a um ano ou, sendo pecuniárias, não inferiores a 30 unidades de conta processual; em caso de execução de mandamento privativo de liberdade contido em sentença estrangeira, o condenado deve prestar seu consentimento para que sua

O sistema português prevê, ainda, diversas submodalidades de auxílio judiciário mútuo em matéria penal<sup>1587</sup>, todas elas processando-se, entretanto, mediante autorização do Ministro da Justiça ou conforme tratado, acordo, convenção, podendo haver comunicação direta de simples informações de caráter penal entre autoridades portuguesas e estrangeiras (art. 145, 4). Nessa esteira, são previstas as seguintes submodalidades: notificação de atos e entrega de documentos<sup>1588</sup>; notificação para comparecimento<sup>1589</sup>; transmissão e recepção de denúncias e queixas<sup>1590</sup>; entrega temporária de detidos ou presos<sup>1591</sup>; transferência temporária de detidos ou presos para efeitos de investigação<sup>1592</sup>; salvo-conduto<sup>1593</sup>; envio de objetos, valor, documentos ou processos<sup>1594</sup>; produtos, objetos

---

execução se dê em Portugal quanto a esse ponto, salvo se o condenado tiver se evadido do exterior para Portugal ou se, não tendo se evadido, a extradição pelos mesmos fatos lhe tiver sido negada. Nesses casos, o consentimento é dispensado.

<sup>1583</sup> Equivalente português para a “homologação de sentenças estrangeiras” do Brasil.

<sup>1584</sup> A dinâmica também é das mais custosas. Quando o requerimento é feito para Estado estrangeiro (arts. 117 a 121 da Lei n.º 144/1999), o interesse do condenado é comunicado pelo Procurador-Geral da República ao Estado estrangeiro, para obtenção de seu acordo com a instrução necessária para a compreensão do caso e justificativa específica da medida. O processo se inicia a pedido do Ministério Público ou do interessado, no âmbito do Juízo da Execução Penal. Ele é, então, enviado ao Procurador-Geral da República para remessa à apreciação do Ministro da Justiça. O Ministro da Justiça pode pedir informações à Procuradoria-Geral da República e aos estabelecimentos prisionais e de reinserção social. Se o Ministro da Justiça admitir o pedido, este é transmitido ao Procurador-Geral da República para comunicação ao Ministério Público do tribunal da relação, que promoverá, então, a audição do interessado. Em sequência, decide o tribunal, mediante verificação das condições em que expressa a vontade relativamente ao consentimento do condenado acerca de sua transferência.

<sup>1585</sup> Quando feito para Portugal (arts. 122 a 123 da Lei n.º 144/1999), a Procuradoria-Geral da República comunica ao Ministro da Justiça os elementos informados para apreciação. O Ministro pode, de sua posse, solicitar informações à Procuradoria-Geral da República ou aos serviços prisionais e de reinserção social. Aceito o pedido pelo Ministro da Justiça, este o remete ao Procurador-Geral da República para envio ao Ministério Público do Tribunal da Relação da área indicada pelo interessado, a fim de que se proceda à revisão e confirmação da sentença estrangeira respectiva. Transitada em julgada a revisão e confirmação, a Procuradoria-Geral da República comunica a decisão ao Estado estrangeiro implicado para efetivação da transferência, remetendo-lhe as informações necessárias à execução da sentença. Veja-se que, em Portugal, o procedimento de transferência de pessoa condenada para o Estado português compreende fase de homologação e execução de sentença estrangeira.

<sup>1586</sup> Arts. 126 a 140 da Lei n.º 144/1999. Essa modalidade de cooperação se dirige ao favorecimento da reinserção social do condenado ou à vigilância de seu comportamento para avaliação de eventual aplicação ou de efetiva execução de sanção penal. No Brasil, normalmente, esse se faz por pedido instrumentalizado em carta rogatória, enquanto que, em Portugal, já se encontra via mais célere de assistência mútua, com recurso ao Judiciário para solução das questões essencialmente jurisdicionais. No Estado luso, há três modalidades de vigilância por assistência judiciária mútua: a) vigilância de condenado; b) vigilância e eventual execução de sentença; c) execução integral de sentença.

<sup>1587</sup> Arts. 145 em diante da Lei n.º 144/1999.

<sup>1588</sup> Art. 153 da Lei n.º 144/1999.

<sup>1589</sup> Art. 154 da Lei n.º 144/1999.

<sup>1590</sup> Art. 154-A da Lei n.º 144/1999.

<sup>1591</sup> Art. 155 da Lei n.º 144/1999.

<sup>1592</sup> Art. 156 da Lei n.º 144/1999.

<sup>1593</sup> Art. 157 da Lei n.º 144/1999.

<sup>1594</sup> Art. 159 da Lei n.º 144/1999.



e instrumentos do crime<sup>1595</sup>; entregas controladas ou vigiadas<sup>1596</sup>; ações encobertas<sup>1597</sup>, interceptação de telecomunicações<sup>1598</sup>, informações sobre o direito aplicável<sup>1599</sup>; informações constantes do registro criminal<sup>1600</sup> e informações sobre sentenças<sup>1601</sup>.

Também no sistema jurídico português, os requisitos, limites e condicionamentos para a efetivação dos mecanismos de cooperação penal internacional são muitos e variados, conforme se podem perceber em uma simples análise da disciplina normativa interna e internacional do instrumento cooperativo paradigma da extradição<sup>1602</sup>. A análise da lei e dos diversos acordos bilaterais assumidos pelo Estado português, além daqueles que o mesmo também subsumiu, por fazer parte do contorno normativo da União Europeia, deixa perceptível que o rito cooperativo do sistema ainda envolve formalidades e etapas de viés tradicionalista, ainda incompatíveis com o dinamismo e a crescente circulação de leis e de pessoas da sociedade moderna e, especialmente, com o movimento de integração dos sistemas jurídicos, não havendo motivo relevante que justifique que o pedido fique sob o crivo de dois graus de jurisdição (incluindo a Corte Superior<sup>1603</sup>) e de dois Poderes da República (autoridade central e Ministério da Justiça, pela parte do

---

<sup>1595</sup> Art. 160 da Lei n.º 144/1999.

<sup>1596</sup> Art. 160-A da Lei n.º 144/1999.

<sup>1597</sup> Art. 160-B da Lei n.º 144/1999.

<sup>1598</sup> Art. 160-C da Lei n.º 144/1999.

<sup>1599</sup> Art. 161 da Lei n.º 144/1999.

<sup>1600</sup> Art. 162 da Lei n.º 144/1999.

<sup>1601</sup> Art. 163 da Lei n.º 144/1999.

<sup>1602</sup> Assim, apenas a título exemplificativo, para a extradição, só é admissível no caso de crime, ainda que tentado, punível pela lei portuguesa e pela lei do Estado requerente com pena ou medida privativas da liberdade de duração máxima não inferior a um ano. No caso de já existir condenação, exige-se, cumulativamente, que a privação de liberdade aplicada não seja inferior a 04 meses (Art. 31, 2, 3 e 4, da Lei n.º 144/1999). A extradição será ainda negada, se (art. 32): - o processo desafiar disposições da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 04 de novembro de 1950, ou de outros instrumentos internacionais relevantes na matéria celebrados por Portugal; - houver fundadas razões para crer que a cooperação é solicitada com o fim de perseguir ou punir uma pessoa em virtude da sua raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, das suas convicções políticas ou ideológicas ou por pertencer a um grupo social determinado ou de que a sua situação processual será agravada por esses motivos; - concernir a tribunal ou juízo de exceção; - a pena aplicável for de morte ou de lesão irreversível à integridade pessoal, bem como de prisão perpétua ou de duração indefinida, salvo se houver compromisso de comutação ou ajustes de adequação às prescrições da ordem jurídica portuguesa; - ausente garantia de reciprocidade; - o crime tiver sido cometido em território português; - o reclamado tiver nacionalidade portuguesa, salvo, unicamente para o procedimento penal – excluído o cumprimento da pena –, em casos de crimes de terrorismo e de organizações internacionais, havendo no Estado requerente garantias de um processo justo e equitativo.

<sup>1603</sup> Deve-se observar que a concentração de cooperação judicial em tribunais superiores, necessariamente, já é um vetor contrário à celeridade do alcance da cooperação, uma vez que, normalmente, essas cortes têm acúmulo de processos em quantidade elevada.

Executivo – sendo, também aqui, duas fases de processamento<sup>1604</sup>-, e Tribunal de Relação, no que toca ao Judiciário).

Restam nítidos ainda os muitos condicionamentos e etapas para o tratamento da cooperação jurídica internacional em território português, conforme se pode perceber pela extensa lista de hipóteses de recusa<sup>1605</sup>, denegação facultativa<sup>1606</sup>, não admissibilidade por extinção<sup>1607</sup> e requisitos<sup>1608</sup> contidos na já referida Lei 144/99. Tais barreiras atravancam não apenas os procedimentos solicitados por países estrangeiros a Portugal, especialmente aqueles localizados fora do espaço Schengen, mas, de igual modo, também as solicitações feitas pelo país. Nesse sentido, diz-se que o grande entrave em relação a todos os países exteriores ao espaço Schengen é que as negociações com base em acordos bilaterais ou promessas de reciprocidade, nem sempre, levam à operabilidade da cooperação, uma vez que cada país segue a sua legislação (o tratado mais cria

---

<sup>1604</sup> A autoridade central portuguesa para as cooperações reguladas pela lei em comento, salvo acordo diverso, será o Procurador-Geral da República, encarregado de submeter o pedido respectivo à apreciação do Ministro da Justiça (art. 21). A decisão de admissão do pedido pelo Ministro da Justiça não vincula a autoridade judiciária que em seguida venha a apreciá-lo (art. 24).

<sup>1605</sup> As hipóteses de recusa são tratadas, no art. 6, como requisitos negativos de cooperação internacional, no seguinte sentido: O pedido de cooperação é recusado, quando: a) O processo não satisfizer ou não respeitar as exigências da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 04 de novembro de 1950, ou de outros instrumentos internacionais relevantes na matéria, ratificados por Portugal; b) Houver fundadas razões para crer que a cooperação é solicitada com o fim de perseguir ou punir uma pessoa em virtude da sua raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, das suas convicções políticas ou ideológicas ou da sua pertença a um grupo social determinado; c) Existir risco de agravamento da situação processual de uma pessoa por qualquer das razões indicadas na alínea anterior; d) Puder conduzir a julgamento por um tribunal de excepção ou respeitar a execução de sentença proferida por um tribunal dessa natureza; e) O facto a que respeita for punível com pena de morte ou outra de que possa resultar lesão irreversível da integridade da pessoa; f) Respeitar a infracção a que corresponda pena de prisão ou medida de segurança com carácter perpétuo ou de duração indefinida.

<sup>1606</sup> Art. 18. 1 - Pode ser negada a cooperação quando o facto que a motiva for objecto de processo pendente ou quando esse facto deva ou possa ser também objecto de procedimento da competência de uma autoridade judiciária portuguesa. 2 - Pode ainda ser negada a cooperação quando, tendo em conta as circunstâncias do facto, o deferimento do pedido possa implicar consequências graves para a pessoa visada, em razão da idade, estado de saúde ou de outros motivos de carácter pessoal.

<sup>1607</sup> Art. 8. 1 - A cooperação não é admissível se, em Portugal ou noutro Estado em que tenha sido instaurado procedimento pelo mesmo facto: a) O processo tiver terminado com sentença absolutória transitada em julgado ou com decisão de arquivamento; b) A sentença condenatória se encontrar cumprida ou não puder ser cumprida segundo o direito do Estado em que foi proferida; c) O procedimento se encontrar extinto por qualquer outro motivo, salvo se este se encontrar previsto, em convenção internacional, como não obstando à cooperação por parte do Estado requerido.

<sup>1608</sup> Art. 23. 1 - O pedido de cooperação deve indicar: a) A autoridade de que emana e a autoridade a quem se dirige, podendo fazer esta designação em termos gerais; b) O objecto e motivos do pedido; c) A qualificação jurídica dos factos que motivam o procedimento; d) A identificação do suspeito, arguido ou condenado, da pessoa cuja extradição ou transferência se requer e a da testemunha ou perito a quem devam pedir-se declarações; e) A narração dos factos, incluindo o lugar e o tempo da sua prática, proporcional à importância do acto de cooperação que se pretende; f) O texto das disposições legais aplicáveis no Estado que o formula; g) Quaisquer documentos relativos ao facto.

compromissos dentro do contexto normativo vigente do que altera mecanismos legais existentes), de regra, bem mais burocrática que as normas de um espaço fundamentalmente lastreado na confiança e na cooperação mútuas, como é o Schengen.

Veja-se, apenas a título exemplificativo, que, no caso da Resolução da Assembleia da República n.º 46/2008 Aprova a Convenção de Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, assinada na Cidade da Praia, em 23 de novembro de 2005, a lista de requisitos para a o pedido de auxílio é incoerentemente mais extensa que a prevista na norma interna da Lei 114/1999, muito embora o primeiro diploma internacional tenha sido firmado mais de seis anos depois dessa norma nacional e, por motivos óbvios, deveria ter sua dinâmica, de algum modo, facilitada<sup>1609</sup>. Tal dificuldade é patentemente maior, por óbvio, no que se refere a países sem tratados de extradição, auxílio mútuo ou de outro viés cooperativo.

## **12.10 – Dos crimes de transcendência internacional no ordenamento jurídico português**

### **12.10.1 - O crime de tráfico de drogas no ordenamento jurídico português**

Em Portugal, a norma fundamental no tocante a controle, uso e tráfico de estupefacientes, substâncias psicotrópicas e seus precursores é o Decreto-Lei n.º 15/93, com as alterações que lhe foram trazidas ao longo dos anos, notadamente pelos Decretos-Leis n.º 81/95 e n.º 45/96, além da derrogação expressa que lhes promoveu a Lei n.º

---

<sup>1609</sup> Ver o disposto na aludida Convenção: Artigo 9.º Requisitos do pedido de auxílio 1 — O pedido de auxílio deve indicar, nomeadamente: a) A autoridade de que emana e a autoridade a quem se dirige; b) Uma descrição precisa do auxílio que se solicita, indicando o objecto e motivos do pedido formulado, assim como a qualificação jurídica dos factos que motivam o procedimento; c) Uma descrição sumária dos factos e indicação da data e local em que ocorreram; d) Os dados relativos à identidade e nacionalidade da pessoa sujeita ao processo a que se refere o pedido, quando conhecidos; e) No caso de notificação, menção do nome e residência do destinatário ou de outro local em que possa ser notificado, a sua qualidade processual e a natureza do documento a notificar; f) Nos casos de revista, busca, perda, apreensão, congelamento, entrega de objectos ou valores, exames e perícias, uma declaração certificando que são admitidos pela lei do Estado requerente; g) A menção de determinadas particularidades do processo ou de requisitos que o Estado requerente deseje que sejam observados, incluindo a confidencialidade e os prazos de cumprimento; h) Qualquer outra informação, documental ou outra, que possa ser útil ao Estado requerido e que vise facilitar o cumprimento do pedido. 2 — Os documentos transmitidos nos termos da presente Convenção não carecem de legalização. 3 — A autoridade competente do Estado requerido pode exigir que um pedido formalmente irregular ou incompleto seja modificado ou completado, sem prejuízo da adopção de medidas provisórias quando estas não possam esperar pela regularização.

30/2000. De forma semelhante à Lei Federal n.º 11.343/2006 no Brasil, o Decreto-Lei n.º 15/93 regulamenta diversos aspectos relativos a infrações de menor potencial ofensivo, prescrições médicas, autorizações, licenciamentos e atividades de controle, como também responsabilidades atinentes ao tratamento, prevenção, investigação criminal e branqueamento de capitais correspondentes<sup>1610</sup>, em consonância com nítida distinção entre crimes de tráfico e crimes de uso que traz a lume. Importante avultar que a República Portuguesa, por intermédio da Lei n.º 30/2000, com regulamentação pelo Decreto-Lei n.º 130-A/2001, implementou a escolha política de descriminalizar todas as condutas de consumo e de posse para consumo de quaisquer drogas ilícitas. Remanesceu, todavia, a tipificação penal para as condutas de tráfico de drogas, bem assim a ilicitude das substâncias<sup>1611</sup>.

Ainda no mesmo pertinente, o uso de drogas ilícitas, para consumo próprio, deixou de ter relevância criminal e passou a ter resguardo da Administração com fins de reajustamento e tratamento. Com efeito, em Portugal, caso seja encontrada pessoa na posse de modesta monta de drogas ilícitas, sobre que e sobre quem não pese suspeita policial ou inexistentem provas de que é o caso de venda, tráfico, ou outras infrações sérias, haverá apreensão da droga e submissão do caso a uma comissão para a dissuasão da toxicodependência, composta por um advogado, um médico e um assistente social. A comissão, então, entrevista a pessoa envolvida com a apreensão de droga ilícita, com o fim de avaliar

---

<sup>1610</sup> Para Costa, a incriminação do branqueamento de capitais no domínio da droga resulta na previsão do art. 23 do DL 15/93, em um exemplo de neocriminalização. Segundo o autor, na construção da norma, o legislador optou por uma descrição exaustiva das várias condutas ilícitas, em uma tentativa de não deixar qualquer fresta ou interstícios na malha incriminatória. (COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, ano 9, n. 34, abr-jun. 2001. São Paulo: Ed. RT, p. 30).

<sup>1611</sup> A nova lei retirou da alçada do Direito Penal a apreciação legal do problema com o consumo de estupefacientes e cria um novo sistema sancionatório em uma instância extrajudiciária (Comissão de Dissuasão da Toxicodependência - CDT). (DOMOSTAWSKI, Artur. Política da Droga em Portugal – os benefícios da descriminalização do consumo de drogas. Lisboa: Open Society, 2011, p.8). Segundo a lei portuguesa, o uso de drogas ainda é proibido em Portugal, mas é tratada administrativamente, não como crime. (WALD, Glenn Greenwald, *Drug Decriminalization in Portugal*, Cato Institute, 2009, p. 3). O legislador descriminalizou todo o consumo, mas não liberalizou o consumo de drogas. A posse de droga em quantidades superiores ao necessário para o consumo médio durante 10 dias, desde que tenha por finalidade exclusiva o consumo privado próprio, terá de ser considerada como contra-ordenação, nos termos do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de novembro. A teleologia da norma do n.º 2 do artigo 2.º da referida lei, na coordenação possibilitada pelo princípio da legalidade, será o de que o legislador observou que a detenção por consumidor de quantidades maiores de droga pode indiciar a possibilidade de risco de disseminação, dependendo a qualificação, ao final, da prova, em processo penal (inquérito ou julgamento) de que o produto detido se destina exclusivamente a consumo privado próprio. (COSTA, José de Faria. Algumas breves notas sobre o regime jurídico do consumo e do tráfico de droga. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 134, n.º 3930, Coimbra: Jan. 2002, p. 275).

a sua situação e eventualmente tratá-la como tóxico-dependência, para promover reabilitação.

Diferentemente do caso da legislação antidrogas brasileira, a norma portuguesa em comento traz as substâncias ilícitas e controladas em anexo de seu próprio texto, da seguinte forma: tabela I, dividida em opiáceos, derivados da coca, *Cannabis* e derivados; tabela II, dividida em alucinogênicos, anfetaminas e barbitúricos; tabela III, contendo preparações com substâncias controladas; tabela IV, tranquilizantes e analgésicos; por fim, as tabelas V e VI, contendo precursores das substâncias proscritas e controladas. A importância das tabelas, na legislação portuguesa, é que elas refletem diretamente nas penas aplicáveis aos crimes correspondentes, em graduação de escolhas do legislador acerca de quais drogas têm maior ou menor potencial lesivo. A transcrição das condutas criminais de tráfico de drogas, em Portugal, segue abaixo:

#### Artigo 21 °

##### Tráfico e outras actividades ilícitas

Quem, sem para tal se encontrar autorizado, cultivar, produzir, fabricar, preparar, oferecer, puser à venda, vender, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer transitar ou ilicitamente detiver, fora dos casos previstos no artigo 40 °, plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III é punido com pena de prisão de 4 a 12 anos.

2 - Quem, agindo em contrário de autorização concedida nos termos do capítulo II, ilicitamente ceder, introduzir ou diligenciar por que outrem introduza no comércio plantas, substâncias ou preparações referidas no número anterior é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos.

3 - Na pena prevista no número anterior incorre aquele que cultivar plantas, produzir ou fabricar substâncias ou preparações diversas das que constam do título de autorização.

4 - Se se tratar de substâncias ou preparações compreendidas na tabela IV, a pena é a de prisão de um a cinco anos.

#### Artigo 22°

##### Precursores

1 - Quem, sem se encontrar autorizado, fabricar, importar, exportar, transportar ou distribuir equipamento, materiais ou substâncias inscritas nas tabelas V e VI, sabendo que são ou vão ser utilizados no cultivo, produção ou fabrico ilícitos de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos.

2 - Quem, sem se encontrar autorizado, detiver, a qualquer título, equipamento, materiais ou substâncias inscritas nas tabelas V e VI, sabendo que são ou vão ser utilizados no

cultivo, produção ou fabrico ilícitos de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

3 - Quando o agente seja titular de autorização nos termos do capítulo II, é punido:

a) No caso do n.º 1, com pena de prisão de 3 a 12 anos;

b) No caso do n.º 2, com pena de prisão de dois, a oito anos.

#### Artigo 23.º

##### Conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos

1 - Quem, sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática, sob qualquer forma de participação, de infracção prevista nos artigos 21.º, 22.º, 24.º e 25.º:

a) Converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência desses bens ou produtos, no todo ou em parte, directa ou indirectamente, com o fim de ocultar ou dissimular a sua origem ilícita ou de auxiliar uma pessoa implicada na prática de qualquer dessas infracções a eximir-se às consequências jurídicas dos seus actos é punido com pena de prisão de 4 a 12 anos;

b) Ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação, propriedade desses bens ou produtos ou de direitos a eles relativos é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos;

c) Os adquirir ou receber a qualquer título, utilizar, deter ou conservar é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

2 - A punição pelos crimes previstos no número anterior não excederá a aplicável às correspondentes infracções dos artigos 21.º, 22.º, 24.º e 25.º.

3 - A punição pelos crimes previstos no n.º 1 tem lugar ainda que os factos referidos nos artigos 21.º, 22.º, 24.º e 25.º hajam sido praticados fora do território nacional.

#### Artigo 24.º

##### Agravação

As penas previstas nos artigos 21.º, 22.º e 23.º são aumentadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo se:

a) As substâncias ou preparações foram entregues ou se destinavam a menores ou diminuídos psíquicos;

b) As substâncias ou preparações foram distribuídas por grande número de pessoas;

c) O agente obteve ou procurava obter avultada compensação remuneratória;

d) O agente for funcionário incumbido da prevenção ou repressão dessas infracções;

e) O agente for médico, farmacêutico ou qualquer outro técnico de saúde, funcionário dos serviços prisionais ou dos serviços de reinserção social, trabalhador dos correios, telégrafos, telefones ou telecomunicações, docente, educador ou trabalhador de estabelecimento de educação ou de trabalhador de serviços ou instituições de acção social e o facto for praticado no exercício da sua profissão;

f) O agente participar em outras actividades criminosas organizadas de âmbito internacional;

g) O agente participar em outras actividades ilegais facilitadas pela prática da infracção;

h) A infracção tiver sido cometida em instalações de serviços de tratamento de consumidores de droga, de reinserção social, de serviços ou instituições de acção social, em estabelecimento prisional, unidade militar, estabelecimento de educação, ou em outros locais onde os alunos ou estudantes se dediquem à prática de actividades educativas, desportivas ou sociais, ou nas suas imediações;

i) O agente utilizar a colaboração, por qualquer forma, de menores ou de diminuídos psíquicos;

j) O agente actuar como membro de bando destinado à prática reiterada dos crimes previstos nos artigos 21 ° e 22 °, com a colaboração de, pelo menos, outro membro do bando;

l) As substâncias ou preparações foram corrompidas, alteradas ou adulteradas, por manipulação ou mistura, aumentando o perigo para a vida ou para a integridade física de outrem.

#### Artigo 25 °

##### Tráfico de menor gravidade

Se, nos casos dos artigos 21 ° e 22 °, a ilicitude do facto se mostrar consideravelmente diminuída, tendo em conta nomeadamente os meios utilizados, a modalidade ou as circunstâncias da acção, a qualidade ou a quantidade das plantas, substâncias ou preparações, a pena é de:

a) Prisão de um a cinco anos, se se tratar de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III, V e VI;

b) Prisão até 2 anos ou multa até 240 dias, no caso de substâncias ou preparações compreendidas na tabela IV.

#### Artigo 26 °

##### Traficante-consumidor

1 - Quando, pela prática de algum dos factos referidos no artigo 21 °, o agente tiver por finalidade exclusiva conseguir plantas, substâncias ou preparações para uso pessoal, a pena é de prisão até três anos ou multa, se se tratar de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III, ou de prisão até 1 ano ou multa até 120 dias, no caso de substâncias ou preparações compreendidas na tabela IV.

2 - A tentativa é punível.

3 - Não é aplicável o disposto no n.º 1 quando o agente detiver plantas, substâncias ou preparações em quantidade que exceda a necessária para o consumo médio individual durante o período de cinco dias.

#### Artigo 27.º

##### Abuso do exercício de profissão

1 - As penas previstas nos artigos 21.º, n.º 2 e 4, e 25.º são aplicadas ao médico que passe receitas, ministre ou entregue substâncias ou preparações aí indicadas com fim não terapêutico.

2 - As mesmas penas são aplicadas ao farmacêutico ou a quem o substitua na sua ausência ou impedimento que vender ou entregar aquelas substâncias ou preparações para fim não terapêutico.

3 - Em caso de condenação nos termos dos números anteriores, o tribunal comunica as decisões à Ordem dos Médicos ou à Ordem dos Farmacêuticos.

4 - A entrega de substâncias ou preparações a doente mental manifesto ou a menor, com violação do disposto no artigo 19.º, é punida com pena de prisão até um ano ou multa até 120 dias.

5 - A tentativa é punível.

#### Artigo 28.º

##### Associações criminosas

1 - Quem promover, fundar ou financiar grupo, organização ou associação de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, vise praticar algum dos crimes previstos nos artigos 21.º e 22.º é punido com pena de prisão de 10 a 25 anos.

2 - Quem prestar colaboração, directa ou indirecta, aderir ou apoiar o grupo, organização ou associação referidos no número anterior é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos.

3 - Incorre na pena de 12 a 25 anos de prisão quem chefiar ou dirigir grupo, organização ou associação referidos no n.º 1.

4 - Se o grupo, organização ou associação tiver como finalidade ou actividade a conversão, transferência, dissimulação ou receptação de bens ou produtos dos crimes previstos nos artigos 21.º e 22.º, o agente é punido:

a) Nos casos dos n.º 1 e 3, com pena de prisão de 2 a 10 anos;

b) No caso do n.º 2, com pena de prisão de um a oito anos.

#### Artigo 29.º

##### Incitamento ao uso de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas



1 - Quem induzir, incitar ou instigar outra pessoa, em público ou em privado, ou por qualquer modo facultar o uso ilícito de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

2 - Se se tratar de substâncias ou preparações compreendidas na tabela IV, a pena é de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias.

3 - Os limites mínimo e máximo das penas são aumentados de um terço se:

a) Os factos foram praticados em prejuízo de menor, diminuído psíquico ou de pessoa que se encontrava ao cuidado do agente do crime para tratamento, educação, instrução, vigilância ou guarda;

b) Ocorreu alguma das circunstâncias previstas nas alíneas d), e) ou h) do artigo 24 °

### Artigo 30 °

#### Tráfico e consumo em lugares públicos ou de reunião

1 - Quem, sendo proprietário, gerente, director ou, por qualquer título, explorar hotel, restaurante, café, taberna, clube, casa ou recinto de reunião, de espectáculo ou de diversão, consentir que esse lugar seja utilizado para o tráfico ou uso ilícito de plantas, substâncias ou preparações incluídas nas tabelas I a IV é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2 - Quem, tendo ao seu dispor edifício, recinto vedado ou veículo, consentir que seja habitualmente utilizado para o tráfico ou uso ilícito de plantas, substâncias ou preparações incluídas nas tabelas I a IV é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

3 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, aquele que, após a notificação a que se refere o número seguinte, não tomar as medidas adequadas para evitar que os lugares neles mencionados sejam utilizados para o tráfico ou o uso ilícito de plantas, substâncias ou preparações incluídas nas tabelas I a IV é punido com pena de prisão até cinco anos.

4 - O disposto no número anterior só é aplicável após duas apreensões de plantas, substâncias ou preparações incluídas nas tabelas I a IV, realizadas por autoridade judiciária ou por órgão de polícia criminal, devidamente notificadas ao agente referido nos n ° 1 e 2, e não mediando entre elas período superior a um ano, ainda que sem identificação dos detentores.

5 - Verificadas as condições referidas nos n ° 3 e 4, a autoridade competente para a investigação dá conhecimento dos factos ao governador civil do distrito da área respectiva ou à autoridade administrativa que concedeu a autorização de abertura do estabelecimento, que decidirão sobre o encerramento.

### Artigo 31 °

#### Atenuação ou dispensa de pena

Se, nos casos previstos nos artigos 21 °, 22 °, 23 ° e 28 °, o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir por forma considerável o perigo produzido pela conduta, impedir ou se esforçar seriamente por impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis, particularmente tratando-

se de grupos, organizações ou associações, pode a pena ser-lhe especialmente atenuada ou ter lugar a dispensa de pena.

#### Artigo 34 °

##### Expulsão de estrangeiros e encerramento de estabelecimento

1 - Sem prejuízo do disposto no artigo 48 °, em caso de condenação por crime previsto no presente diploma, se o arguido for estrangeiro, o tribunal pode ordenar a sua expulsão do País, por período não superior a 10 anos, observando-se as regras comunitárias quanto aos nacionais dos Estados membros da Comunidade Europeia.

2 - Na sentença condenatória pela prática de crime previsto no artigo 30 °, e independentemente da interdição de profissão ou actividade, pode ser decretado o encerramento do estabelecimento ou lugar público onde os factos tenham ocorrido, pelo período de um a cinco anos.

3 - Tendo havido prévio encerramento ordenado judicial ou administrativamente, o período decorrido será levado em conta na sentença.

4 - Se o réu for absolvido, cessará imediatamente o encerramento ordenado administrativamente.

Vê-se que, em Portugal, as condutas de lastro para a criminalização do tráfico de drogas envolvem a produção, oferta, venda, preparação ou cultivo de drogas ilícitas. Como já acima preludiado, confirma-se que a lei portuguesa adota o critério de graduação de espectros de penas para as mesmas condutas de tráfico, a depender da natureza das substâncias envolvidas, aferida por sua alocação em determinada tabela do anexo: às substâncias das tabelas I, II e III (opiáceos, *Cannabis*, coca e derivados; alucinógenos, anfetamínicos e barbitúricos; preparações com substâncias sob controle), via de regra, correspondem os intervalos de pena abstratos mais gravosos, enquanto àquelas da tabela IV (tranquilizantes e analgésicos), penas menores. A seu turno, quando contempladas nos tipos penais, as substâncias listadas nas tabelas V e VI, precursoras de substâncias proscritas ou controladas, correspondem a penas tão graves quanto aquelas referentes às substâncias das tabelas I, II e III, eis que encerram especial interesse na prevenção e repressão da preparação das drogas ilícitas ou de controlados em desacordo com a lei.

Outra particularidade é o tratamento mais suave da lei penal para aquele que mercadeja drogas ilícitas para sustentar seu vício, o chamado traficante-consumidor (art. 26), bem assim para aquele tráfico de menor monta ou de menor lesividade (art. 25). A transnacionalidade do crime não tem previsão específica de agravamento algum. O art. 23

trata do branqueamento de capitais oriundos da mercancia com drogas ilícitas, com indicação expressa de que a transacionalidade dos procedimentos de lavagem são igualmente puníveis. Associações criminosas para o tráfico de drogas ilícitas também têm previsão específica da legislação, no art. 28, contando com pena máxima em abstrato elevada, de 25 anos<sup>1612</sup>.

### 12.10.2 – O crime de organização criminosa no ordenamento jurídico português

A República Portuguesa é signatária da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, promulgada pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004<sup>1613</sup>. Nesse contexto, também há a Lei n.º 5/2002<sup>1614</sup>, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, dispondo sobre um regime especial de recolha e da prova em matéria de criminalidade organizada e económico-financeira. A lei acima referida é uma lei procedimental, e não de matéria criminal em si, apenas fixando nortes de atuação estatal no caso de prática de crimes que envolvam organizações criminosas voltadas para diversas naturezas de infrações penais.

Dias trata de um “duplo grave defeito” de que sofre o referido diploma, relacionar as ofensas aos princípios jurídico-constitucionais da determinabilidade legal e da

---

<sup>1612</sup> A base de dados da legislação portuguesa está disponível em: [www.drogas.pt](http://www.drogas.pt).

<sup>1613</sup> Ver: no âmbito da República Portuguesa, os seguintes instrumentos normativos: Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004, de 02 de abril: Aprova, para ratificação, a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, o Protocolo Adicional Relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, e o Protocolo Adicional contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, adoptados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 15 de novembro de 2000. Resolução da Assembleia da República n.º 1/2008: Aprova a Convenção do Conselho da Europa Relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos, aberta à assinatura em Varsóvia em 16 de maio de 2005. Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro: Estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira e procede à segunda alteração à Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, alterada pela Lei n.º 90/99, de 10 de julho, e quarta alteração ao Decreto-Lei n.º 325/95, de 02 de dezembro, alterado pela Lei n.º 65/98, de 02 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 275-A/2000, de 09 de novembro, e pela Lei n.º 104/2001, de 25 de agosto, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 5/2002, de 06 de fevereiro. Lei n.º 19/2008, de 21 de abril: Aprova medidas de combate à corrupção e procede à primeira alteração à Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

<sup>1614</sup> Estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira e procede à segunda alteração à Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, alterada pela Lei n.º 90/99, de 10 de julho, e quarta alteração ao Decreto-Lei n.º 325/95, de 02 de dezembro, alterado pela Lei n.º 65/98, de 02 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 275-A/2000, de 09 de novembro, e pela Lei n.º 104/2001, de 25 de agosto.

proporcionalidade<sup>1615</sup>. O primeiro diz respeito a uma incoerência na previsão dos crimes encampados sob seu âmbito de aplicação: se, por um aspecto, há uma série de crimes entre os quais se contam alguns de pequena gravidade, por outro, não constam, no catálogo, crimes econômico-financeiros que se podem apresentar como gravíssimos<sup>1616</sup>. O segundo diz respeito ao fato de a lei valer para a criminalidade “organizada e econômico-financeira”, sem que se ofereça ao intérprete qualquer critério daquilo que, como tal, deva-se entender<sup>1617</sup>.

Para a aplicação de medidas de combate à criminalidade organizada transnacional, parte-se do tipo penal português da associação criminosa, previsto no art. 299 do Código Penal<sup>1618</sup>. Evidente, assim, que a lei portuguesa trata o grupo, a organização e a associação criminosa como sinônimos para fins práticos, consistentes em agremiação de, no mínimo, três pessoas que atuem em coordenação não esporádica, isto é, que envolva

---

<sup>1615</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O Processo Penal Português: problemas e perspectivas. *In: Que futuro para o Direito Processual Penal? SIMPÓSIO EM HOMENAGEM A JORGE FIGUEIREDO DIAS*, Coimbra Editora, 2009, p. 810.

<sup>1616</sup> *Ibid.*, p. 810. Faz-se preciso, portanto, a partir dessa preocupação, que se realize “uma redução teleológica do âmbito de aplicação do catálogo de modo a que o mesmo apenas possa abranger as realidades para as quais foi concebido: o combate à criminalidade organizada e econômico-financeira”, afastando-se a criminalidade de menor gravidade e evitando-se uma aplicação desproporcionada deste regime jurídico. (CAÍRES, João Manuel Golveia. O regime processual especial aplicável ao crime organizado (econômico-financeiro): âmbito de aplicação da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, o regime do sigilo e do registro de voz e imagem, *In: Direito Penal Económico e Financeiro* (Coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes). Coimbra: 2012, p. 477). Também nesse sentido, para que se atenda a um critério de proporcionalidade, propõe-se que a aplicação das medidas extraordinárias aos crimes previstos na alínea “m” do n.º 1 do art.º 1.º do CPP e nas als. j’ a” n”) do art. 1.º da Lei 5/2002 carece da comprovação positiva da sua comissão de forma organizada, ao passo que a aplicação de tais medidas aos crimes referidos nas alíneas “a” a “i”) do último preceito cede perante a comprovação negativa da sua prática organizada, isto é, perante a prova de que a sua realização não corresponde aos elementos da definição (DIAS, Augusto Silva, Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. *In: M. F. (coord.) Palma, A. S. Dias, & P. d. Mendes, 2º CONGRESSO de Investigação Criminal*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 24).

<sup>1617</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, O Processo Penal Português: problemas e perspectivas, *in* Que futuro para o Direito Processual Penal?, SIMPÓSIO EM HOMENAGEM A JORGE FIGUEIREDO DIAS. Coimbra Editora, 2009, p. 810.

<sup>1618</sup> 1 - Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes é punido com pena de prisão de um a cinco anos. 2 - Na mesma pena incorre quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações ou quem os apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos. 3 - Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos nos números anteriores é punido com pena de prisão de dois a oito anos. 4 - As penas referidas podem ser especialmente atenuadas ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes. 5 - Para os efeitos do presente artigo, considera-se que existe grupo, organização ou associação quando esteja em causa um conjunto de, pelo menos, três pessoas, actuando concertadamente durante um certo período de tempo.

dedicação por um certo lapso temporal para a prática de um ou mais crimes<sup>1619</sup>. Assim como no que concerne à lei de drogas portuguesa, não há menção expressa sobre transnacionalidade para agravamento de pena ou especial tratamento ao ilícito.

### **12.10.3 – O crime de tráfico de pessoas no ordenamento jurídico português**

No que toca ao tráfico internacional de pessoas, a República Portuguesa também ratificou os protocolos adicionais da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Protocolo Adicional Relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, e o Protocolo Adicional contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea), por meio da Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004. Em adição, a Convenção do Conselho da Europa Relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos foi internalizada por meio da Resolução da Assembleia da República n.º 1/2008.

O Código Penal português traz, em seu art. 160, o tipo penal de tráfico de pessoas, cuja redação se transcreve:

#### Artigo 160.º - Tráfico de pessoas

1 - Quem oferecer, entregar, recrutar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher pessoa para fins de exploração, incluindo a exploração sexual, a exploração do trabalho, a mendicidade, a escravidão, a extração de órgãos ou a exploração de outras atividades criminosas:

a) Por meio de violência, rapto ou ameaça grave;

b) Através de artil ou manobra fraudulenta;

c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou familiar;

d) Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; ou

e) Mediante a obtenção do consentimento da pessoa que tem o controlo sobre a vítima; é punido com pena de prisão de três a dez anos.

2 - A mesma pena é aplicada a quem, por qualquer meio, recrutar, aliciar, transportar, proceder ao alojamento ou acolhimento de menor, ou o entregar, oferecer ou aceitar, para fins de exploração, incluindo a exploração sexual, a exploração do trabalho, a mendicidade, a escravidão, a extração de órgãos, a adoção ou a exploração de outras

---

<sup>1619</sup> Considere-se que, conforme definição da alínea m) do n.º 1 do art.º 1.º do Código de Processo Penal Português, criminalidade altamente organizada denota-se em “condutas que integrarem crimes de associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio ou branqueamento”.

atividades criminosas.

3 - No caso previsto no número anterior, se o agente utilizar qualquer dos meios previstos nas alíneas do n.º 1 ou actuar profissionalmente ou com intenção lucrativa, é punido com pena de prisão de três a doze anos.

4 - As penas previstas nos números anteriores são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a conduta neles referida:

a) Tiver colocado em perigo a vida da vítima;

b) Tiver sido cometida com especial violência ou tenha causado à vítima danos particularmente graves;

c) Tiver sido cometida por um funcionário no exercício das suas funções;

d) Tiver sido cometida no quadro de uma associação criminosa; ou

e) Tiver como resultado o suicídio da vítima.

5 - Quem, mediante pagamento ou outra contrapartida, oferecer, entregar, solicitar ou aceitar menor, ou obtiver ou prestar consentimento na sua adopção, é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

6 - Quem, tendo conhecimento da prática de crime previsto nos n.ºs 1 e 2, utilizar os serviços ou órgãos da vítima é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

7 - Quem retiver, ocultar, danificar ou destruir documentos de identificação ou de viagem de pessoa vítima de crime previsto nos n.ºs 1 e 2 é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

8 - O consentimento da vítima dos crimes previstos nos números anteriores não exclui em caso algum a ilicitude do facto.

Vê-se que o tipo penal acima se encontra bastante afinado com os instrumentos de Direito Internacional Público firmados no âmbito das Nações Unidas (vejam-se descrições no anexo desta Tese). Avulta, da norma citada, que a legislação portuguesa é sistematizada de modo a ser de fácil compreensão e a dar tratamento harmónico à questão penal em comento: em suma, se há tráfico de pessoas com o fim de lucro ou de forma profissional, a pena é mais gravosa, assim como nas hipóteses em que o crime tenha exposto a vítima a perigo de vida, tenha sido cometido com violência destacada ou resultado em particularmente graves danos à vítima, tiver sido levado a efeito por funcionário público no exercício do múnus público, tiver sido cometido em contexto de organização criminosa, ou, finalmente, se tiver como resultado o suicídio da vítima<sup>1620</sup>.

O fato de a vítima ser menor ou incapaz ou de seu responsável ter dado consentimento para seu tráfico, a anulação de vontade da vítima (que não se enquadre no que se disse no parágrafo anterior) ou a utilização de fraude, em nada, agravam a pena. Em caso de tráfico de menor, todavia, há agravamento da pena, nos mesmos limites abstratos do caso do tráfico com intenção de lucro, se o crime for cometido mediante violência, rapto ou grave ameaça, mediante ardil ou fraude, com abuso de autoridade pertinente à relação de dependência hierárquica, econômica, laboral ou familiar, com aproveitamento

<sup>1620</sup> Ver: quanto ao bem jurídico protegido com as incriminações, bem como outras referências quanto ao tipo: RODRIGUES, Anabela Miranda. O papel dos sistemas legais e a sua harmonização para a erradicação das redes de tráfico de pessoas. *Separata da Revista do Ministério Público*, n. 84, Lisboa, 2000, p. 19.

de incapacidade física ou especial vulnerabilidade em que posta a vítima ou, finalmente, por meio de obtenção de consentimento de pessoa com controle sobre a vítima. Nos esteios da ordem jurídica portuguesa, não há menção expressa a agravamento ou tratamento diferenciado pelo fato de o tráfico de pessoas ser internacional.

#### **12.10.4 – O crime de branqueamento de capitais no ordenamento jurídico português**

Conforme se vê na transcrição, o Código Penal Português dispõe sobre o crime em tela entre os praticados contra o Estado (Título V, no capítulo dos crimes contra a realização da Justiça), corroborando sua lesividade ampla:

Artigo 368.º-A

Branqueamento

1 - Para efeitos do disposto nos números seguintes, consideram-se vantagens os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de participação, dos factos ilícitos típicos de lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infracções referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, e dos factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos, assim como os bens que com eles se obtenham.

2 - Quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, directa ou indirectamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infracções seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal, é punido com pena de prisão de dois a doze anos.

3 - Na mesma pena incorre quem ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos.

4 - A punição pelos crimes previstos nos n.os 2 e 3 tem lugar ainda que os factos que integram a infracção subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, ou ainda que se ignore o local da prática do facto ou a identidade dos seus autores.

5 - O facto não é punível quando o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens depender de queixa e a queixa não tenha sido tempestivamente apresentada.

6 - A pena prevista nos n.os 2 e 3 é agravada de um terço se o agente praticar as condutas de forma habitual.

7 - Quando tiver lugar a reparação integral do dano causado ao ofendido pelo facto ilícito típico de cuja prática provêm as vantagens, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1.ª instância, a pena é especialmente atenuada.

8 - Verificados os requisitos previstos no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada se a reparação for parcial.

9 - A pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens.

10 - A pena aplicada nos termos dos números anteriores não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens.

Por ser Portugal membro do FATF/GAFI, além de estar inserido no contexto de diretivas comunitárias europeias (Diretivas 60/2055 e 70/2006 do Conselho da Europa; Regulamentos 2580/2001 e 1781/2006 do Conselho da Europa, entre outros), a previsão incriminadora transcrita está em consonância com as legislações mais modernas de combate ao branqueamento de capitais, à semelhança da brasileira, todavia ainda mais avançada, logo que prevê mecanismos de combate ao financiamento do terrorismo<sup>1621</sup>.

Dessume-se da leitura do tipo penal que, a despeito da enumeração de diversas infrações penais antecedentes ao branqueamento, há uma regra geral em que qualquer infração pode ser crime precedente para fins de subsunção da lavagem de seus proveitos como branqueamento de capitais, desde que suas penas de prisão mínimas abstratas sejam superiores a seis meses ou as máximas abstratas sejam superiores a cinco anos. A mesma norma penal prevê agravamento de pena, se o branqueamento de capitais for levado a efeito com habitualidade. Há, outrossim, possibilidade de abrandamento da pena, caso o crime antecedente seja integral ou parcialmente reparado pelo agente, inexistente dano ilegítimo a terceiro, desde que levado a cabo até a audiência de instrução de primeiro grau, ou se o agente atuar para concreta obtenção de provas para identificação ou captura de responsáveis por crimes antecedentes ao branqueamento.

Há previsão de condição objetiva de procedibilidade, em relação ao branqueamento: as infrações antecedentes que sejam de tipo que se iniciem por queixa, e esta não venha a ser oferecida tempestivamente, obstam o seguimento de persecução penal pelo branqueamento correspondente. A Lei n.º 25/2008 não tem natureza material criminal, mas procedimental, encerrando importantes medidas de combate à criminalidade que envolva o branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. A internacionalidade do branqueamento (crimes antecedentes) é mencionada tão somente para atribuir as mesmas penalidades do branqueamento em território português.

---

<sup>1621</sup> Para especificidades do fato típico da legislação portuguesa, ver: COSTA, José de Farias. *O branqueamento de Capitais – Algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal*. Direito Penal Económico e Europeu: textos Doutrinários. Coimbra: Editora Coimbra, 1999, p. 305; CAEIRO, Pedro. A Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. In: Manuel da Costa Andrade / José de Faria Costa / Anabela Miranda Rodrigues / Maria João Antunes (eds.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra Editora, 2003, p. 1067 - 1132.



### 12.10.5 – O crime de corrupção no ordenamento jurídico português

Na senda do que já foi delineado sobre os compromissos de Direito Internacional, Portugal criminalizou a corrupção no âmbito da Administração Pública e no âmbito do mundo negocial privado. A corrupção ativa e a passiva de funcionários públicos, assim como o recebimento de vantagem indevida por funcionário público, o peculato, o peculato de uso e a participação ilícita de funcionário público em negócio estão tipificados no Código Penal Português<sup>1622</sup>, na forma do que se transcreve:

#### Corrupção

##### Artigo 372.º Recebimento indevido de vantagem

1 — O funcionário que, no exercício das suas funções ou por causa delas, por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.

2 — Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, no exercício das suas funções ou por causa delas, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias.

3 — Excluem-se dos números anteriores as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes

##### Artigo 373.º Corrupção passiva

1 — O funcionário que por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para a prática de um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação, é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2 — Se o acto ou omissão não forem contrários aos deveres do cargo e a vantagem não lhe for devida, o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

##### Artigo 374.º Corrupção ativa

1 — Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou com conhecimento daquele,

---

<sup>1622</sup> Em que pese tais descrições normativas, nas palavras de Cláudia Santos, apesar de Portugal dispor de uma extensa lista de fatos típicos de crimes de corrupção (*strito e lato sensu*), fato que coloca o país como um dos mais punitivos no seu combate jurídico-penal, Portugal continua a carecer de mecanismos eficazes para combater a corrupção, verificando-se uma “fragilidade e (...) falta de flexibilidade do sistema repressivo em lidar com a complexidade dinâmica do fenómeno” (SANTOS, Cláudia Cruz. Notas breves sobre os crimes de corrupção de agentes públicos. *Revista Julgar*, n.º 11, maio - agosto de 2011, p. 52).

vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim indicado no n.º 1 do artigo 373.º, é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

2 — Se o fim for o indicado no n.º 2 do artigo 373.º, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias.

#### Artigo 375.º

##### Peculato

1 - O funcionário que ilegitimamente se apropriar, em proveito próprio ou de outra pessoa, de dinheiro ou qualquer coisa móvel ou imóvel, pública ou particular, que lhe tenha sido entregue, esteja na sua posse ou lhe seja acessível em razão das suas funções, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 - Se os valores ou objectos referidos no número anterior forem de diminuto valor, nos termos da alínea c) do artigo 202.º, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

3 - Se o funcionário der de empréstimo, empenhar ou, de qualquer forma, onerar valores ou objectos referidos no n.º 1, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

#### Artigo 376.º

##### Peculato de uso

1 - O funcionário que fizer uso ou permitir que outra pessoa faça uso, para fins alheios àqueles a que se destinem, de coisa imóvel, de veículos ou de outras coisas móveis de valor apreciável, públicos ou particulares, que lhe forem entregues, estiverem na sua posse ou lhe forem acessíveis em razão das suas funções, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

2 - Se o funcionário, sem que especiais razões de interesse público o justifiquem, der a dinheiro público destino para uso público diferente daquele a que está legalmente afectado, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

#### Artigo 377.º

##### Participação económica em negócio

1 - O funcionário que, com intenção de obter, para si ou para terceiro, participação económica ilícita, lesar em negócio jurídico os interesses patrimoniais que, no todo ou em parte, lhe cumpre, em razão da sua função, administrar, fiscalizar, defender ou realizar, é punido com pena de prisão até 5 anos.

2 - O funcionário que, por qualquer forma, receber, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial por efeito de acto jurídico-civil relativo a interesses de que tinha, por força das suas funções, no momento do acto, total ou parcialmente, a disposição, administração ou fiscalização, ainda que sem os lesar, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.

3 - A pena prevista no número anterior é também aplicável ao funcionário que receber, para si ou para terceiro, por qualquer forma, vantagem patrimonial por efeito de cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento que, por força das suas funções, total ou parcialmente, esteja encarregado de ordenar ou fazer, posto que não se verifique prejuízo para a Fazenda Pública ou para os interesses que lhe estão confiados.

A diferença nodal entre os crimes de recebimento indevido de vantagem<sup>1623</sup> e os de corrupção ativa e passiva<sup>1624</sup> é que estes dois últimos, segundo a lei penal

---

<sup>1623</sup> Conforme refere Paulo de Souza Mendes, o tipo criminal do art. 372 (recebimento de vantagem indevida) recebeu inspiração na *Vorteilsannahme* (§331 Abs. 1 StGB) da Lei de Combate à Corrupção alemã de 13 de agosto de 1997, que prevê a situação em que é punido o funcionário público que permita que se lhe prometa ou aceite uma vantagem, para si ou para terceiro, para o exercício do serviço. No §333, está previsto

portuguesa, contém dolo consistente na prática pelo funcionário de ação ou omissão, que pode incidir em sanção mais grave, se forem praticados mediante violação de dever funcional, enquanto que aquela primeira figura típica, em qualquer de seus desdobramentos, prescinde de qualquer finalidade que exorbite a recepção (solicitação, aceitação, promessa de vantagem indevida, diretamente ou por interposta pessoa, havendo ou não comprometimento de funcionário público em exercício de seu múnus público) de vantagem indevida em si<sup>1625</sup>. É de se atentar que, para os modais de recebimento indevido de vantagem, não há fixação de pena privativa de liberdade mínima, enquanto que, para as previsões típicas de corrupção, além de, em alguns casos, a pena máxima abstrata ser mais gravosa, há, sim, ponto de partida a vincular o magistrado em sua dosimetria penal, o qual seja de um ano de prisão, em mínimo abstrato, salvo para o disposto no art. 374, 2.

O crime de peculato, em Portugal, é semelhante ao tipo penal homólogo no ordenamento jurídico brasileiro, envolvendo as ideias de furto e de apropriação de bens, objetos e valores, valendo-se de acessos inerentes ao cargo, emprego ou função públicos. Em termos mais detalhados, o peculato pune a apropriação, em favor próprio ou de outrem, o empenho, o empréstimo, a oneração, por funcionário público, de dinheiro ou qualquer coisa, indiferente se móvel ou imóvel, se pública ou particular, que lhe tenha sido entregue,

---

o lado do sujeito ativo, abrangendo as situações em que o particular oferece, promete ou concede a funcionário uma vantagem. Em ambas as situações, basta que haja “uma conexão genérica com o exercício do cargo”. Ainda segundo o autor, restou facilitada a perseguição da corrupção, uma vez que, com o art. 372º, deixa de ser necessário o nexa causal do recebimento da vantagem com o ato ou omissão do funcionário. (MENDES, Paulo de Sousa. CEJ – As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal. Coimbra Editora, 2011, p. 31). Em outra obra, o mesmo autor ainda detalha que é necessário que, entre a vantagem e o exercício do serviço, estabeleça-se “uma relação de reciprocidade (*Gegenseitigkeitsverhältnis*), no sentido de o acordo ilícito desejado, expresso ou tácito, encontrar a sua razão de ser precisamente nesse exercício do serviço, função ou cargo” (MENDES, Paulo de Sousa. Os novos crimes de recebimento e oferta indevidos de vantagem, Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra Editora, abr. 2011, p. 38).

<sup>1624</sup> Quanto aos dois polos dessa figura criminosa, “o carácter bifronte da corrupção na dimensão jurídico-penal (o seu desdobramento numa modalidade passiva, e numa outra activa) tem interessantes repercussões ao nível da sua caracterização criminológica. Assim, se a corrupção passiva merecerá, em regra, a qualificação de crime de colarinho branco, já a corrupção activa constituirá, muitas vezes, uma das formas do actuação do crime organizado” (SANTOS, Cláudia Cruz. A corrupção [da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al (Org.) – Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra : Coimbra Editora, 2003, p. 963-991).

<sup>1625</sup> A previsão típica do referido crime visou a reduzir as dificuldades probatórias na apreciação da relação entre o benefício ou a promessa de benefício e a prática ou a omissão de determinado ato, pois, no dizer de Cláudia Santos, “é com frequência complexa ou impossível a prova do acto pretendido tendo em conta... o carácter velado e subtil das práticas corruptivas”. (SANTOS, Cláudia Cruz. Os crimes de corrupção de funcionários e a Lei nº 32/2010, de 2 de Setembro (É preciso mudar alguma coisa para que tudo continue na mesma?), As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, Centro de Estudos Judiciários. Coimbra Editora, abr. 2011, p. 15).

que esteja na sua posse ou, ainda, que lhe seja acessível em razão das suas funções. O diminuto valor do objeto do peculato não despe de tipicidade o fato, que é punível com pena mais branda, na forma do art. 375, 2 do Código Penal (CP)<sup>1626</sup>.

Finalmente, o Código Penal português prevê o tipo penal de participação ilícita em negócio, que é uma das formas de inibir e punir a promiscuidade entre Estado e atividades negociais. O crime pune as seguintes condutas: a) quando o funcionário público lese interesses patrimoniais que lhe cumpre administrar, fiscalizar, defender ou realizar, em razão de seu múnus, em negócio jurídico, a fim de obter vantagem econômica ilícita, para si ou para outrem, atividades estas voltadas à totalidade ou a parte dos interesses em questão<sup>1627</sup>; b) quando o funcionário público, por qualquer meio, receba, para si ou para outrem, vantagem patrimonial decorrente de ato jurídico-civil, concernente a interesses que, em razão de seu múnus, administrava, fiscalizava ou podia dispor, atividades estas voltadas à totalidade ou à parte dos interesses em questão e correspondentes ao momento do ato, sendo indiferente que lhes ocorra lesão<sup>1628</sup>; c) quando o funcionário público receba, para si ou para outrem, por qualquer meio, vantagem patrimonial decorrente de cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento que lhe concirna, por suas funções e, no exercício delas, ordenar ou efetivar, no todo ou em parte, ainda que não ocorra prejuízo à Fazenda Pública ou aos interesses que lhe estão confiados.

A seu turno, por meio da Lei n.º 20/2008, através da qual se adotou Decisão-Quadro do Conselho da Europa (Decisão-Quadro n.º 2003/568/JAI), foram tipificadas as condutas penais de corrupção ativa de funcionário público com prejuízo do comércio internacional, além de corrupção ativa e corrupção passiva no setor privado:

#### Artigo 7.º Corrupção activa com prejuízo do comércio internacional

---

<sup>1626</sup> O chamado peculato de uso é punível em Portugal, nas seguintes circunstâncias: a) se o funcionário público utilizar ou permitir a utilização por outrem, para fins diversos aos que afetados no interesse público, de bem imóvel, de veículos ou de bens móveis de valor apreciável – vale dizer, não há criminalização de uso de bens de diminuto valor –, sejam públicos ou particulares, que lhe tenham sido entregues, que estejam na sua posse ou que lhe sejam acessíveis em razão das suas funções; e b) se o funcionário público destinar a uso dinheiro público em desatendimento a fim legalmente estabelecido, desde que inexistente especial interesse público que justifique desvio de finalidade. Vê-se que, no caso, não se está a falar de apropriação pessoal ou de outrem do valor, mas tão somente, de utilização de valor financeiro em finalidade desviada, que, ademais, seja concretamente contrária ao interesse público.

<sup>1627</sup> Aqui, pune-se a lesão a interesses patrimoniais que deveria o agente público com probidade manejar, com o especial fim de obtenção de vantagem patrimonial indevida para o próprio funcionário público ou para terceiro.

<sup>1628</sup> Trata-se, à evidência, de modalidade especial de recebimento indevido de vantagem, cometido no âmbito de ato jurídico civil em que existam interesses que correspondiam à atividade pública do agente cuidar, eis que inexistente dolo específico ou mesmo dano real a comprovar.

Quem por si ou, mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa der ou prometer a funcionário, nacional, estrangeiro ou de organização internacional, ou a titular de cargo político, nacional ou estrangeiro, ou a terceiro com conhecimento daqueles, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que lhe não seja devida, para obter ou conservar um negócio, um contrato ou outra vantagem indevida no comércio internacional, é punido com pena de prisão de um a oito anos.

#### Artigo 8.º Corrupção passiva no sector privado

1 — O trabalhador do sector privado que, por si ou, mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para um qualquer acto ou omissão que constitua uma violação dos seus deveres funcionais é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa.

2 — Se o acto ou omissão previsto no número anterior for idóneo a causar uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros, o agente é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.

#### Artigo 9.º Corrupção activa no sector privado

1 — Quem por si ou, mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa der ou prometer a pessoa prevista no artigo anterior, ou a terceiro com conhecimento daquela, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que lhe não seja devida, para prosseguir o fim aí indicado é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa.

2 — Se a conduta prevista no número anterior visar obter ou for idónea a causar uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

O crime de corrupção ativa com prejuízo do comércio internacional envolve dação ou promessa de vantagem indevida, patrimonial ou não, com o dolo de obter, conservar ou angariar outra vantagem indevida em atividade de comércio internacional, devendo a dação ou promessa ser dirigida a funcionário público nacional, funcionário público estrangeiro, funcionário de organização internacional ou a titular de cargo político, nacional ou estrangeiro, ou, ainda, a terceiro, com conhecimento de quaisquer daqueles.

A corrupção passiva no setor privado é tipo penal inexistente no Brasil<sup>1629</sup>, a qual se consuma quando: o trabalhador do setor privado, pessoalmente ou mediante interposta pessoa que aja com seu consentimento, solicita ou aceita vantagem indevida,

---

<sup>1629</sup> No Brasil, verdadeiramente, não há um tipo próprio de corrupção no setor privado, o que não significa dizer que o legislador brasileiro seja completamente omissivo e não preveja nenhuma de suas modalidades, já que a Lei 9.279, de 14.05.1996, prevê como típicas algumas condutas abrangidas por essa esfera, quais sejam aquelas preceituadas no art. 195, IX e X: “Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: (...) IX – dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; X – recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador”.

patrimonial ou não, para si ou para outrem, bem assim a sua promessa, em troca de prática de ação ou omissão consistente em violação de seus deveres funcionais. A pena é maior, se a ação ou a omissão citadas forem efetuadas com potencialidade de causar distorção concorrencial ou prejuízo patrimonial a terceiros. A corrupção ativa, logicamente, segue o outro sentido do mesmo vetor, consumando-se, quando pessoa, diretamente ou por interposta pessoa com seu consentimento ou ratificação, dê ou prometa a vantagem indevida referida no parágrafo anterior, nas mesmas circunstâncias delineadas para o trabalhador e sua ação ou omissão, havendo, igualmente, agravamento de pena em caso de potencial deslocamento artificioso da concorrência ou prejuízo patrimonial a terceiros. Não hpa, contudo, para quaisquer de tais figuras, a previsão de agravamento especial por transnacionalidade.

#### **12.10.6 – O crime de terrorismo no ordenamento jurídico português**

O terrorismo interno e transnacional, em Portugal, passou a ser punido de modo diverso das previsões dos crimes de terrorismo e de organização terrorista que existiam no Código Penal (arts. 300 e 301 do Código Penal, ab-rogados expressamente), por meio de sistema implantado pela Lei n.º 52/2003<sup>1630</sup>, cujos dispositivos pertinentes transcrevem-se:

##### Artigo 2.º

##### Organizações terroristas

1 - Considera-se grupo, organização ou associação terrorista todo o agrupamento de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem prejudicar a integridade e a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral, mediante:

- a) Crime contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas;
- b) Crime contra a segurança dos transportes e das comunicações, incluindo as informáticas, telegráficas, telefónicas, de rádio ou de televisão;
- c) Crime de produção dolosa de perigo comum, através de incêndio, explosão, libertação de substâncias radioactivas ou de gases tóxicos ou asfixiantes, de inundação ou avalanche, desmoronamento de construção, contaminação de alimentos e águas destinadas a consumo humano ou difusão de doença, praga, planta ou animal nocivos;
- d) Actos que destruam ou que impossibilitem o funcionamento ou desviem dos seus fins normais, definitiva ou temporariamente, total ou parcialmente, meios ou vias de comunicação, instalações de serviços públicos ou destinadas ao abastecimento e satisfação de necessidades vitais da população;

<sup>1630</sup> O referido diploma sofreu alterações com as Leis n.º 59/2007, de 04/09, n.º 25/2008, de 05/06, n.º 17/2011, de 03/05, e, mais recentemente, a Lei Lei n.º 60/2015, de 24/06.

e) Investigação e desenvolvimento de armas biológicas ou químicas;  
«f) Crimes que impliquem o emprego de energia nuclear, armas de fogo, biológicas ou químicas, substâncias ou engenhos explosivos, meios incendiários de qualquer natureza, encomendas ou cartas armadilhadas; sempre que, pela sua natureza ou pelo contexto em que são cometidos, estes crimes sejam susceptíveis de afectar gravemente o Estado ou a população que se visa intimidar.

2 - Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, a eles aderir ou os apoiar, nomeadamente através do fornecimento de informações ou meios materiais, é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos.

3 - Quem chefiar ou dirigir grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 15 a 20 anos.

4 - Quem praticar actos preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

5 - A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

### Artigo 3.º

Outras organizações terroristas

1 - Aos grupos, organizações e associações previstas no n.º 1 do artigo anterior são equiparados os agrupamentos de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem, mediante a prática dos factos aí descritos, prejudicar a integridade ou a independência de um Estado, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições desse Estado ou de uma organização pública internacional, forçar as respectivas autoridades a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certos grupos de pessoas ou populações.

2 - É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 2 a 5 do artigo anterior.

### Artigo 4.º

Terrorismo

1 - Quem praticar os factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos, ou com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo, se for igual ou superior àquela, não podendo a pena aplicada exceder o limite referido no n.º 2 do artigo 41.º do Código Penal.

2 - Quem praticar crime de furto qualificado, roubo, extorsão, burla informática e nas comunicações, falsidade informática, ou falsificação de documento com vista ao cometimento dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, é punido com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo.

3 - Quem, por qualquer meio, difundir mensagem ao público incitando à prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

4 - Quando os factos previstos no número anterior forem praticados por meio de comunicação eletrónica, acessíveis por Internet, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos.

5 - Quem, com o propósito de ser recrutado para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, aceder ou obtiver acesso, através de sistema informático ou por qualquer outro meio, às mensagens aludidas no n.º 3 e delas fizer uso na prática dos respetivos atos preparatórios, é punido com pena de prisão até 3 anos ou multa até 360 dias.

6 - Quem, por qualquer meio, recrutar outrem para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos.

7 - Quem, por qualquer meio, treinar ou instruir outrem sobre o fabrico ou a utilização de explosivos, armas de fogo ou outras armas e substâncias nocivas ou perigosas, ou sobre outros métodos e técnicas específicos para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos.

8 - Quem, em reunião pública, através de meio de comunicação social, por divulgação de escrito ou outro meio de reprodução técnica, recompensar ou louvar outra pessoa, grupo, organização ou associação pela prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, de forma adequada a criar perigo da prática de outro crime da mesma espécie, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias.

9 - Quando os factos previstos no número anterior forem praticados por meios de comunicação eletrónica, acessíveis por Internet, o agente é punido com pena de prisão até 4 anos ou com pena de multa até 480 dias.

10 - Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista ao treino, apoio logístico ou instrução de outrem para a prática de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão até 5 anos.

11 - Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista à adesão a uma organização terrorista ou ao cometimento de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão até 5 anos.

12 - Quem organizar, financiar ou facilitar a viagem ou tentativa de viagem previstas nos números anteriores, é punido com pena de prisão até 4 anos.

13 - A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado, impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

#### Artigo 5.º

##### Terrorismo internacional

1 - Quem praticar os factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º com a intenção referida no n.º 1 do artigo 3.º é punido com a pena de 2 a 10 anos, ou com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo, se for igual ou superior àquela.

2 - É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 2 a 13 do artigo anterior.

#### Artigo 5.º-A

##### Financiamento do terrorismo

1 - Quem, por quaisquer meios, direta ou indiretamente, fornecer, recolher ou detiver fundos ou bens de qualquer tipo, bem como produtos ou direitos suscetíveis de ser transformados em fundos, com a intenção de serem utilizados ou sabendo que podem ser utilizados, total ou parcialmente, no planeamento, na preparação ou para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, quer com a intenção nele referida quer com a intenção referida no n.º 1 do artigo 3.º, é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos.

2 - Para que um acto constitua a infracção prevista no número anterior, não é necessário que os fundos provenham de terceiros, nem que tenham sido entregues a quem se destinam, ou que tenham sido efectivamente utilizados para cometer os factos nele previstos.

3 - A pena é especialmente atenuada ou não tem lugar a punição, se o agente voluntariamente abandonar a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ele provocado ou auxiliar concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

Mais uma vez, as diretivas comunitárias europeias influenciaram decisivamente a novel ordem penal portuguesa em relação ao tratamento do terrorismo<sup>1631</sup>.

---

<sup>1631</sup> Segundo apanhado histórico esmiuçado por Costa, Portugal também tem inovado legislativamente em outras matérias relacionadas ao terrorismo, como é o caso da Lei que regula as condições de entrada, permanência, deportação e expulsão de estrangeiros do território português (Lei 23/2007), a nova Lei de Asilo e Refugiados (27/2008), a Emenda 115/2009 à Lei de Cooperação Judicial internacional em matéria



Com efeito, a lei em baila alicerça-se no teor da Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI do Conselho da Europa, adotando escolhas políticas que não são unânimes, mas que guardam relativa uniformidade no âmbito da Europa Ocidental<sup>1632</sup>.

As organizações terroristas, na República Portuguesa, são ilícitas na esfera penal, quando preenchem os seguintes pressupostos: mínimo de duas pessoas, em atuação coordenada, com o fim de: prejudicar a integridade e a independência nacionais; impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições constitucionais do Estado; impelir autoridade pública à prática de ato, à abstenção de praticá-lo ou a tolerar que se lhe pratique; ou de intimidar pessoas, grupo de pessoas ou a população em geral; praticar, mediante, em qualquer dos casos, crime contra a vida, a integridade ou a liberdade das pessoas; praticar crime contra a segurança dos transportes e das comunicações; praticar crime de produção dolosa de perigo comum por meio de incêndio, de explosão, de liberação de substâncias radioativas ou de gases tóxicos ou asfixiantes, de inundação ou avalanche, de desmoronamento de construção, de contaminação de alimentos e águas destinados a consumo humano ou difusão de doença, praga, planta ou animal nocivos; praticar atos que destruam, impossibilitem, desviem de seus fins normais, definitiva ou temporariamente, total ou parcialmente, meios ou vias de comunicação, instalações de serviços públicos ou instalações destinadas ao abastecimento e satisfação de necessidades vitais da população; praticar crime de investigação e desenvolvimento de armas biológicas ou químicas; ou crimes que envolvam o emprego de energia nuclear, armas de fogo, armas biológicas, armas químicas, substâncias ou engenhos explosivos, meios incendiários de qualquer natureza, encomendas ou cartas armadilhadas, sempre que, pelas circunstâncias ou contexto de cometimento, sejam suscetíveis de afetar gravemente o Estado ou a população que se pretende intimidar.

---

penal (Lei 144/1999), a Lei 65/2003 que regulou o Mandado de Detenção Europeu em cumprimento à Decisão-Quadro 2002/584/JAI, Lei de resguardo da Segurança Interna, Forças Armadas e Política Criminal (Lei 53/2008), Lei do Serviço de Inteligência (Lei 9/2007) e, finalmente, a Lei 25/2008, que estabelece mecanismos de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, em cumprimento à Decisão-Quadro 2006/70/CE do Conselho da Europa. (COSTA, José de Faria. *Comparative Counter-Terrorism Law*. Relatório português, Editora: Kent Roach, Cambridge, 2015, p. 326 e 327).

<sup>1632</sup> *Ibid.*, p. 326. Quanto ao movimento mundial de luta contra o terrorismo, também no âmbito da União Europeia, os atentados às Torres Gêmeas potencializaram, nos Estados-Membros, a vontade de modernizar (...) os meios tradicionais de cooperação e de progredir na construção de um espaço penal europeu (RODRIGUES, Anabela Miranda. O Mandado de detenção europeu: na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 13, n. 1. Coimbra, jan.-mar. 2003, p. 34).

A partir da definição acima, a legislação fixa as condutas penalmente ilícitas de: a) promover, fundar, aderir ou apoiar, através de fornecimento de informações e materiais, agremiação terrorista; b) chefiar ou dirigir agremiação terrorista; c) praticar atos preparatórios à constituição de agremiação terrorista. Há previsão de especial atenuação de pena a ser aplicada, caso o agente dos ilícitos em questão abandonar, voluntariamente, suas atividades, ou, ainda, afastar-se ou reduzir consideravelmente o perigo por ela provocado, bem assim se vier a prestar auxílio concreto e efetivo no recolhimento de provas para a identificação e captura de outros agentes responsáveis.

O art. 3º da Lei n.º 52/2003, para os fins dos crimes descritos na Lei em tela, descreve outras organizações terroristas, consistentes em: agrupamentos de duas ou mais pessoas, atuando de forma coordenada, mediante a prática dos crimes descritos no artigo anterior e já enumerados, com o fim de prejudicar a integridade ou a independência de um Estado; impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições desse Estado ou de uma organização pública internacional; forçar as respectivas autoridades a praticar um ato, a se abster de praticá-lo ou a tolerar que se lhe pratique; intimidar certos grupos de pessoas ou populações. Vê-se que o artigo acima estende a ideia de organização terrorista àquela que se volte à prática dos crimes e contextos escolhidos pelo legislador, em relação a Estados estrangeiros e organizações públicas internacionais, assim como às pessoas e populações fora do território português.

Como é lógico, não apenas o agrupamento para a prática de atos de terror é criminalizado, mas também a prática de atos de terror em si<sup>1633</sup>. As penas podem ser

---

<sup>1633</sup> Nesse sentido, a lei em estudo traz a definição típica de crimes de terrorismo: a) a primeira hipótese é a decorrência lógica da definição legal de organização terrorista, correspondendo a qualquer dos ilícitos enumerados no art. 2º, 1; b) a segunda previsão corresponde à prática de furto qualificado, extorsão, roubo, burla informática, burla nas comunicações, falsidade informática, ou falsidade documental, como crimes subsidiários à prática dos ilícitos enumerados no art. 2º, 1; c) em terceiro, tipifica-se a difusão, por qualquer meio, de mensagem de incitação à prática dos atos de terror do art. 2º, 1, sendo mais grave a pena máxima abstrata no caso de difusão via rede mundial de computadores; d) pune-se, igualmente, aquele que, tendo acesso ao conteúdo incitatório ao terror, dele venha a fazer uso como lastro para atos preparatórios respectivos; e) o recrutamento, por qualquer meio, de pessoa; ou o seu treinamento ou instrução acerca de fabrico e manejo de explosivos, armas de fogo, outras armas e substâncias nocivas ou perigosas, ou outros métodos e técnicas específicos para a prática de atos do art. 2º, 1; f) recompensar ou louvar outra pessoa ou agremiação terrorista pela prática de atos de terror do art. 2º, 1, de maneira a criar perigo de prática de outro crime da mesma espécie, valendo-se, para tanto, de reunião pública, de meio de comunicação social, de divulgação de escrito ou de outro meio de reprodução técnica. Se o meio de difusão for via rede mundial de computadores, eleva-se a pena máxima abstrata; g) a despeito de não ser qualificado sob *nomen juris* de terrorismo internacional, trata-se esta de evidente hipótese de ato de terror praticado com transnacionalidade: por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para território diferente de seu Estado de residência ou nacionalidade, com o fim de ser treinado para a prática de atos do art. 2º, 1, de aderir a agremiação terrorista

atenuadas ou mesmo deixarem de ser aplicadas, caso o agente dos ilícitos em questão abandonar, voluntariamente, suas atividades, ou, ainda, afastar-se ou reduzir consideravelmente o perigo por elas provocado, impedir o resultado que a lei quer evitar que se opere, bem assim se vier a prestar auxílio concreto e efetivo no recolhimento de provas para identificação e captura de outros agentes responsáveis.

O terrorismo internacional propriamente dito se refere à prática dos atos do art. 2º, 1, com algumas das finalidades do art. 3º, 1, vale dizer, atos de terror com escopo de atingir Estados, organizações ou pessoas além das fronteiras portuguesas. É caso atípico em que a transnacionalidade implica previsão específica e expressa de agravamento da sanção estatal abstrata. Por fim, o crime de financiamento ao terrorismo corresponde a: por quaisquer meios, direta ou indiretamente, fornecer, recolher ou deter fundos ou bens de qualquer tipo, bem assim produtos ou direitos suscetíveis de serem transformados em fundos, com o fim de utilizá-los ou, sabendo que podem ser utilizados, total ou parcialmente, no planejamento, na preparação ou para a prática de atos descritos no art. 2º, 1, com as finalidades enumeradas no mesmo artigo ou no art. 3º, 1. Há atenuação da pena ou inaplicabilidade de punição, se o agente abandonar, voluntariamente, suas atividades, ou, ainda, afastar-se ou reduzir consideravelmente o perigo por ela provocado, bem assim se vier a prestar auxílio concreto e efetivo no recolhimento de provas para identificação e captura de outros agentes responsáveis.

## **F – Brasil**

### **12.11 – O sistema jurídico brasileiro de cooperação penal internacional**

O sistema jurídico brasileiro sustenta-se, no âmbito da cooperação penal internacional<sup>1634</sup>, nos mecanismos cooperativos mais tradicionais, sendo que, entre eles,

---

ou a praticar atos do art. 2º, 1; h) igualmente punível aquele que organiza, financia ou facilita a viagem ou tentativa de viagem citada acima.

<sup>1634</sup> Identifica-se que o Brasil é signatário de três redes de cooperação jurídica internacional: a IberRED – Rede Ibero-americana de Cooperação Judicial,-- instituída em 2004 em Cartagena de Índias (Colômbia), compostas por representantes dos 23 Estados que participam das Cúpulas Ibero-americanas de Chefes de Estado e de Governo (Argentina; Bolívia; Brasil; Chile; Colômbia; Costa Rica; Cuba; El Salvador; Equador; Espanha; Guatemala; Guiné Equatorial; Honduras; México; Nicarágua; Panamá; Paraguai; Peru; Portugal; Porto Rico; República Dominicana; Uruguai e Venezuela); a Rede Judiciária da CPLP-, Rede de Cooperação

com maior destaque, pode-se apontar a extradição<sup>1635</sup>. A extradição é, sem dúvida, uma das mais consolidadas modalidades de cooperação judicial em matéria penal e se lastreia nos pressupostos internos de requerimento e de concessão de cada Estado envolvido, bem assim na existência de acordos de extradição (tratados, convenções ou entendimentos caso a caso) celebrados sob as normas de Direito Internacional, em que geralmente se fixam condições de reciprocidade. No Brasil, conforme a usualidade, o pedido extradicionário, normalmente, é formalizado pela via diplomática, de governo a governo, sendo processado conforme as disposições dos tratados e acordos pertinentes e as normas do Estado requerido<sup>1636</sup>.

Do ponto de vista do Estado brasileiro, a extradição diz-se ativa, quando é de seu interesse o envio por país estrangeiro de pessoa para processamento ou punição em território nacional, e passiva, quando um Estado estrangeiro requer ao Brasil o envio de pessoa para os mesmos fins citados<sup>1637</sup>. No sistema interno brasileiro, segue-se a dinâmica extradicionária de forma extremamente burocrática e com o envolvimento dos mais diferentes órgãos, tendo em vista uma ampla distribuição competencial e de atribuição. Assim, a Procuradoria-Geral da República, após preparar toda a documentação necessária à instrução do processo, inclusive as traduções, encaminha diretamente o pedido ao

---

Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa, criada em novembro de 2005, durante a X Conferência de Ministros da Justiça dos Países de Língua Portuguesa, composta por oito países (Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor Leste) e a Rede Hemisférica de Intercâmbio de Informações para o Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal e de Extradicação, criada no âmbito da OEA, adotada pela V Reunião de Ministros da Justiça daquela Organização, realizada no ano de 2004 em Washington e da qual fazem parte 34 países: Antígua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, São Venezuela.

<sup>1635</sup> Francisco Rezek conceitua a extradição como a entrega, por um Estado a outro, e a pedido deste, de pessoa que em seu território deva responder a processo penal ou cumprir pena. Cuida-se de uma relação executiva, com envolvimento judiciário de ambos os lados: o Governo requerente da extradição só toma essa iniciativa em razão da existência do processo penal – findo ou em curso – ante sua Justiça; e o Governo do Estado requerido não goza, em geral, de uma prerrogativa de decidir sobre o atendimento do pedido senão depois de um pronunciamento da Justiça local (REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 10. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005). O que se infere da larga teia de tratados, acordos e convenções para extradição que se espalha por Nações, territórios e regiões do globo, além da exortação da Organização das Nações Unidas, é a sua utilização de forma mais franca, no que concerne a atos de terrorismo, conforme a Resolução 1566 do Conselho de Segurança da ONU (Disponível em: <http://www.state.gov/j/ct/rls/other/un/66959.htm>. Acesso em: 17 ago. 2015).

<sup>1636</sup> Glossário Jurídico do Supremo Tribunal Federal, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=152>. Acesso em 17/08/2015.

<sup>1637</sup> A nomenclatura é utilizada largamente pelo próprio Supremo Tribunal Federal, o que se pode ver em publicação da Corte acerca de sua jurisprudência em matéria de extradição, datada de 2006, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/EXT.pdf>. Acesso em 17/08/2015.

Ministério da Justiça<sup>1638</sup>. Protocolizado o pedido, ele é remetido ao Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça, a quem cabe realizar a análise de admissibilidade da documentação, a fim de verificar se ela está em conformidade com o previsto em tratado, acordo, convenção ou na Lei Federal n.º 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), bem como com a Constituição Federal. Sendo positivo o resultado do juízo de admissibilidade, o pedido de extradição é encaminhado, devidamente formatado pelo Ministério da Justiça, ao Ministério das Relações Exteriores, por meio de Aviso Ministerial, a fim de que este o formalize ao Estado onde se encontra aquele que se busca extraditar no interesse da Justiça brasileira<sup>1639</sup>.

No caso de extradição passiva, o Ministério das Relações Exteriores, em regra, recebe o pedido de extradição formulado pelo Estado requerente e o encaminha ao Ministério da Justiça. Recolhido o pedido, é feita a verificação dos documentos e, não sendo o caso de recusa do pedido por falha, ele é encaminhado ao Supremo Tribunal Federal<sup>1640</sup>, a quem compete a análise e aprovação do pedido, conforme previsto no artigo 102, inciso I, alínea “g”, da Constituição Federal<sup>1641</sup>. Os documentos necessários para formalizar um pedido de extradição, no Brasil, podem variar de acordo com o tratado, acordo ou, à sua mútua, com as disposições da Lei Federal n.º 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), ou, ainda, de acordo com a legislação do país requerente.

---

<sup>1638</sup> Atente-se que, no caso do pedido de extradição de Henrique Pizzolato, no ano de 2014, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Joaquim Barbosa, manifestou-se no sentido de que, no caso de extradição ativa, não havia papel ativo da Corte, o que levou o Ministério da Justiça e a Procuradoria-Geral da República a firmarem parceria para tramitação direta do pedido. O despacho não foi levado à publicação, mas pode ser encontrado em notícias, como a disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/julgamento-do-mensalao/barbosa-diz-que-supremo-nao-atua-em-processo-de-extradicao,ae1ab056a3d04410VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>, acessada em: 17 ago. 2015. A decisão encontra respaldo em farta jurisprudência da Corte Suprema: Pet 3569, DJ 20/03/2006; Ext 1011, DJ 25/10/2005; Ext 956, DJ 03/06/2005; Ext 955, DJ 01/02/2005; Pet 4725, DJ 01/02/2010, dentre outros.

<sup>1639</sup> A documentação que formaliza e acompanha um pedido de extradição ativa pode variar, a depender do tratado, acordo que embasam o pedido. Regra uniforme é a de que o Estado solicitante deve produzir tradução dos documentos para a língua do país receptor do pedido – no Brasil-, como visto, o papel é do Ministério Público. A tradução não precisa ser juramentada, mas deve ser atestada pelo solicitante como fiel ao original.

<sup>1640</sup> O processamento do pedido de extradição no Supremo Tribunal Federal exige a prisão do extraditando no Brasil e sua postura à disposição da Justiça até que termine o processo (Prisão Preventiva para Extradição) – é condição para que o processo se inicie (Art. 84 do Estatuto do Estrangeiro e art. 208 RISTF). O extraditando é, então, interrogado e terá direito a se defender por meio de advogado. A Procuradoria-Geral da República deve necessariamente intervir no processo. O Supremo Tribunal Federal examina a legalidade, a procedência e a regularidade do pedido, não cabendo apreciar o mérito quanto à condenação do extraditando ou eventuais vícios processuais apurados no Estado requerente (Art. 209 a 213 RISTF; Ext 1388, DJe 31/07/2015). A decisão do STF é de natureza autorizatória, autorizando o Presidente da República a, posteriormente, efetivar ou não a entrega do extraditando.

<sup>1641</sup> Arts. 80, *caput* e §§, 81 e 83 do Estatuto do Estrangeiro.

Nos moldes do Estatuto do Estrangeiro<sup>1642</sup>, o pedido deverá ser instruído com a cópia autêntica ou a certidão da sentença condenatória ou decisão penal proferida por juiz ou autoridade competente. Além disso, deve conter indicações precisas sobre o local, a data, a natureza e as circunstâncias do fato criminoso, a identidade do extraditando e, ainda, cópia dos dispositivos normativos acerca do crime, inclusive os que lhe indiquem competência, pena e prescrição. Documentos adicionais poderão ser solicitados, a depender dos acordos internacionais celebrados ou normas internas aplicáveis. Finalmente, toda a documentação deverá ser encaminhada no original e traduzida oficialmente para o português. A tradução oficial pode ser feita pelo próprio Juízo solicitante, que atestará a sua fidedignidade<sup>1643</sup>. Decidindo pela extradição o Supremo Tribunal Federal, cabe ao Presidente da República a análise de sua entrega ao Estado requerente<sup>1644</sup>.

Caso decida pela entrega, ela só poderá ocorrer após o Estado requerente firmar os compromissos de que o extraditando não será preso nem processado por fatos anteriores ao pedido (princípio da especialidade), de computar o tempo de prisão que, no Brasil, foi imposta por força da extradição (detração), de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação (caso de guerra declarada), de não ser o extraditando entregue a outro Estado que o reclame sem o consentimento do Brasil; finalmente, de não considerar qualquer motivo político para agravar a pena<sup>1645</sup>. O extraditando ficará, então, à disposição do Estado requerente por sessenta dias ou pelo prazo do instrumento internacional aplicável, para que este o retire do território nacional às suas custas, sob pena de libertação e impossibilidade de renovação do pedido pelo mesmo fato<sup>1646</sup>.

A recusa à extradição, após o julgamento da Suprema Corte, pelo Presidente da República – exercício do direito de faculdade de recusa sumária –, é sempre um ato delicado, eis que pode tumultuar as relações internacionais do Brasil ou oferecer uma imagem ruim perante a comunidade internacional no âmbito da cooperação judicial internacional. A princípio, a faculdade só pode ser exercida com liberdade em casos não amparados por tratado, acordo ou promessa de reciprocidade, ou quando há apenas a proposta superveniente dessa promessa, mas ainda não efetivada. Quando há tratado,

---

<sup>1642</sup> Art. 80, §1º, do Estatuto do Estrangeiro.

<sup>1643</sup> Art. 80, *caput* e §§, do Estatuto do Estrangeiro.

<sup>1644</sup> Ext 1085, DJe 16/04/2010; Art. 84, VII, Constituição Federal do Brasil.

<sup>1645</sup> Art. 91, *caput* e incisos, do Estatuto do Estrangeiro.

<sup>1646</sup> Arts. 86 e 87 do Estatuto do Estrangeiro.

acordo ou promessa de reciprocidade, a faculdade tem de ser fundamentada em motivos robustos reconhecidos pelo Direito Internacional, bem como haver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada não será submetida a perseguições, discriminações ou terá seus direitos fundamentais violados no Estado requerente. Ressalta-se que a fundamentação para a recusa da extradição é aconselhada em todos os casos, para a manutenção das boas relações entre os países, mas só é obrigatória nos casos da existência de tratado ou promessa de reciprocidade.

Os pressupostos para que o Brasil conceda a extradição são bastante extensos e não coincidentes com o Direito do Ocidente e dos países democráticos<sup>1647</sup>, bem assim como com a grande parte das leis internas de diversas nações da América e da Europa e com importantes convenções internacionais sobre o tema<sup>1648</sup>. O primeiro pressuposto é pessoal: a nacionalidade. O Brasil não extradita seus nacionais ou os brasileiros naturalizados, salvo se estes forem requeridos para responder por fatos anteriores à naturalização ou por comprovado envolvimento com tráfico ilícito de entorpecentes<sup>1649</sup>, no caso dos naturalizados.

O segundo pressuposto é relativo à imputação penal que embasa o pedido de cooperação extradicional: a) o fato deve ser considerado crime no Brasil e no Estado requerente (dupla incriminação<sup>1650</sup>), e a pessoa requerida deve ser punível nos dois países (imputabilidade); b) o fato de não se tratar o crime político ou de opinião, mas exclusivamente de crime comum, cabendo ao STF estabelecer se o fato se enquadra em crime comum, sem interseccionar com previsões ilícitas para as quais a extradição é

---

<sup>1647</sup> Atualmente, há instrumentos internacionais vigentes acerca de extradição celebrados com o Brasil e os seguintes países: Argentina, Austrália, Bélgica, Bolívia, Chile Colômbia, Coreia do Sul, Equador, Espanha, Estados Unidos, França, Itália, Lituânia, Mercosul, México, Paraguai, Peru, Portugal, Reino Unido, Irlanda do Norte, República Dominicana, Romênia, Rússia, Suíça, Ucrânia, Uruguai, Venezuela (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoTratadoExtradicaoTextual&pagina=IndiceTratadoExtradicao>). Encontram-se em tramitação acordos de extradição entre Brasil e Israel, Grécia, Índia, Panamá, Moçambique, Angola, Suriname, China, Guatemala, Líbano e Canadá, conforme Sistema Consular Integrado – Sistema Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores (<http://dai-mre.serpro.gov.br>).

<sup>1648</sup> Essa falta de interseção de pressupostos para extradição adotados pelo Brasil será observada no curso deste trabalho, ao se abordarem os modelos extradicionais de Portugal, dos EUA, do Reino Unido, da Alemanha e do Canadá. A coincidência também se extrai de convenções adotadas nos âmbitos do Mercosul, Chile, Bolívia e da CPLP, além da observância de disposições respeitantes à Convenção Interamericana de Direitos Humanos Pacto de San José da Costa Rica, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, Convenção da Assembleia Geral das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, dentre outras diretivas no âmbito da ONU ou fora dela.

<sup>1649</sup> Art. 5º, LI, Constituição Federal do Brasil.

<sup>1650</sup> Cumpre salientar, quanto a esse ponto, alguns avanços que a legislação brasileira tem operado, como o exemplo do acordo bilateral entre o Brasil e os Estados Unidos, em que se dispensou a exigência de dupla incriminação, como pressuposto de admissibilidade da assistência mútua (art. I, inc. 3, do Decreto 3810, de 02 de maio de 2001).

vedada; c) o fato deve ser considerado grave e punível com pena privativa de liberdade com duração maior que um ano pelo ordenamento jurídico brasileiro; d) o pedido deve estar sujeito à jurisdição penal do Estado requerente; e) a ação penal ou o crime não podem estar prescritos no Brasil ou no Estado requerente<sup>1651</sup>. O terceiro pressuposto se relaciona com o processo penal: a) exige-se que o extraditando seja submetido a julgamento por um tribunal comum, vedando-se a cooperação, se houver possibilidade de julgamento por um tribunal ou juízo de exceção; b) exista sentença final de privação de liberdade no Estado requerente, ou esteja a privação de liberdade autorizada por autoridade competente no Estado requerente<sup>1652</sup>.

No caso da carta rogatória<sup>1653</sup>, a Emenda Constitucional n.º 45/2004 transferiu do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça a competência para concessão de seu *exequatur*, de modo que, na legislação brasileira, onde há referência ao STF, deve-se considerar que se trata do STJ<sup>1654</sup>. É de se atentar, primordialmente, que os Estados atribuem diferentes tratamentos a cartas rogatórias brasileiras em matéria penal, as quais podem inclusive ser processadas como assistência mútua em matéria penal, de acordo com o pedido nelas encerrado. Não se está a dizer que o reconhecimento formal e estrito instituto da carta rogatória seria transformado em pedido de assistência mútua, mas que, por seu gradativo abandono por algumas sociedades, especialmente as europeias, poderia haver pedido de autorização para processamento do pedido de modo mais simples, na forma de assistência judiciária mútua, ainda que não amparada em tratado, eis que muitos países dispõem de legislações acerca de assistência judiciária mútua em matéria penal<sup>1655</sup>.

Outra questão relevante acerca das cartas rogatórias é a sua morosidade e o seu custo, não apenas no Brasil, mas em diversos países que as adotam, logo que envolvem formalidades e etapas de viés tradicionalista, sendo resultado de construção de relação internacional que não sofreu influência dos movimentos de cooperação mais vanguardistas

---

<sup>1651</sup> Arts. 77, *caput*, incisos e §§, e 78, *caput* e incisos, do Estatuto do Estrangeiro.

<sup>1652</sup> Idem.

<sup>1653</sup> Artigo 105, inciso I, “i”, da Constituição Federal; artigos 368, 369, 783, 784, 785 e 786 do Código de Processo Penal; art. 216-O e seguintes do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça

<sup>1654</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm), Acesso em: 18 ago. 2015.

<sup>1655</sup> Vejam-se *guidelines* no que concerne a cartas precatórias do Departamento de estado dos EUA (Disponível em: <http://travel.state.gov/content/travel/english/legal-considerations/judicial/obtaining-evidence/preparation-letters-rogatory.html>. Acesso em: 19 ago. 2015) e da OECD (Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/TypologyMLA2012.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2015).



oriundos da globalização, das uniões aduaneiras, das áreas de livre trânsito de pessoas. Observa-se que países que se esforçam para adotar quadros modernos de cooperação penal internacional, como os da União Europeia, tendem a abandonar o uso das cartas rogatórias, ou reservá-las para hipóteses excepcionais<sup>1656</sup>.

No Brasil, embora se reconheça a demora interna para se obter um *exequatur* e para ulitimação da providência rogada em si, não se percebe movimento robusto do Judiciário, do Executivo ou do Legislativo em incentivar outras vias de cooperação para a obtenção de depoimentos testemunhais, perícias judiciais, exibição de provas, entre outras medidas. No sistema jurídico brasileiro, ainda se trata de instrumento atrelado à ideia de soberania anterior aos movimentos da globalização mais moderna, conforme vê-se na Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, que trata de atribuir peso maior à soberania do que à cooperação pretendida propriamente. Assim, mesmo num ambiente relativamente pacífico, como a América, não se cria nenhum instrumento de maior confiança recíproca, tratando-se a referida Convenção, enfim, de um mero descritivo de normas e pressupostos formais e materiais tendentes à uniformização.

Além do necessário trâmite prévio para concessão de seu *exequatur*<sup>1657</sup>, procedimento formal com pressupostos próprios, deve-se observar que a concentração de cooperação judicial em tribunais superiores, necessariamente, já é um vetor contrário à celeridade do alcance da cooperação, eis que, no Brasil, essas cortes têm acúmulo de processos em quantidade elevada<sup>1658</sup>. Além disso, após o *exequatur*, ultimar-se-á o efetivo pedido de cooperação rogado pela autoridade estrangeira, com todos os incidentes que lhe

---

<sup>1656</sup> No curso deste estudo, ver-se-á que, dos Estados sobre os quais se debruça, apenas o Brasil e os EUA não dispõem de lei de cooperação penal internacional, de modo a deixar, de certo modo, uma ampla margem para o manejo de cartas rogatórias, quando ausentes tratados, acordos ou convenções respeitantes à cooperação pleiteada.

<sup>1657</sup> Os requisitos para a concessão de exequatibilidade são formais (autenticidade dos documentos) e materiais (não pode versar sobre ato processual com conteúdo decisório e caráter executório, salvo se houver convenção internacional que contemple a dispensa de homologação de sentença estrangeira, o ato rogado não pode ofender a soberania nacional, e o objeto da carta não pode desafiar a ordem pública nem a dignidade da pessoa humana). Por fim, à luz do artigo 17 do Decreto-lei n.º 4.657, de 1942 – Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro –, deve ser verificada a compatibilidade do objeto da carta rogatória com os bons costumes nacionais. O processamento de cartas rogatórias independe de tratados, convenções, acordos ou compromissos de reciprocidade, todavia há casos em que acordos de cooperação, sobretudo bilaterais, reforçam o compromisso com sua utilização, a exemplo dos Tratados sobre Cooperação Judiciária em Matéria Penal celebrados com a Itália (art. 8º) e a França, além de acordos sobre cartas rogatórias celebrados com Chile, Portugal e Bolívia.

<sup>1658</sup> O STJ, em 2013, contava com 713.258 processos ativos, cf. [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/Print/pt\\_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/Para-presidente-do-STJ,-dados-do-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-ressaltam-necessidade-de-ampliar-reformas-no-Judici%C3%A7rio](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/Print/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/Para-presidente-do-STJ,-dados-do-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-ressaltam-necessidade-de-ampliar-reformas-no-Judici%C3%A7rio), acesso em 19/08/2015.

são próprios por natureza. Não tem avançado, ademais, a proposta brasileira de uma lei de cooperação penal judiciária, o qual poderia desviar muito do que se tem de solicitar pela via da carta rogatória. De fato, o projeto de Lei do Senado 326/2007<sup>1659</sup> traz clara intenção de substituir o uso de cartas precatórias por assistências judiciárias mais céleres, todavia, já está, há mais de sete anos, em tramitação.

No Brasil, as sentenças judiciais estrangeiras só terão eficácia após sua homologação pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>1660</sup>, conforme o procedimento que segue<sup>1661</sup>. Trata-se de cooperação internacional em que o Brasil confere eficácia total ou parcial a decisão judicial proferida em Estado estrangeiro. Seguindo o exemplo dos entraves burocráticos dos outros mecanismos extradicionais brasileiros, a parte requerente interpõe o pedido de homologação diretamente, perante o STJ, por meio de petição que atenda aos requisitos indicados na lei processual brasileira, bem como aos previstos no art. 216-D do Regimento Interno do STJ. A petição inicial deverá ser instruída com o original ou cópia autenticada da decisão que se pretende homologar e de outros documentos reputados indispensáveis, tudo devidamente traduzido por tradutor oficial ou juramentado no Brasil e chancelado pela autoridade consular brasileira competente, quando for o caso<sup>1662</sup>. Homologada a sentença estrangeira, ela será executada por meio de carta de sentença no Juízo Federal competente segundo as regras de Direito interno<sup>1663</sup>.

A finalidade do procedimento de homologação é perquirir se a decisão se encontra afinada com os princípios básicos do Direito vigente no Brasil, não havendo intromissão no mérito da solução jurídica encontrada pela autoridade estrangeira. Para sua incorporação ao sistema jurídico brasileiro, contudo, as disposições estrangeiras devem ser adaptadas para formas e limites existentes internamente, o que é lógico, já que seria impossível executar decisão que não fosse adequadamente traduzida para o ambiente jurídico-estatal brasileiro<sup>1664</sup>. O reconhecimento de julgados estrangeiros é medida de cooperação penal internacional de ampla utilização, pois os efeitos de uma sentença ou de

---

<sup>1659</sup> Disponível em: [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=81485](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=81485), acesso em 19/08/2015.

<sup>1660</sup> Homologação de sentença estrangeira no Brasil: artigo 105, inciso I, “i”, da Constituição Federal; Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça; Art. 216-A. É atribuição do Presidente do Tribunal homologar sentença estrangeira, ressalvado o disposto no art. 216-K.

<sup>1661</sup> Art. 216-B do RISTJ.

<sup>1662</sup> Art. 216-C do RISTJ.

<sup>1663</sup> Art. 216-N do RISTJ.

<sup>1664</sup> A esse respeito: Homologação de Sentenças Estrangeiras e o Sistema Difuso de Reconhecimento – A Necessidade de Mudança na Redação do Texto Constitucional (Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10540](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10540). Acesso em: 19 ago. 2015).

uma decisão, nem sempre, restringem-se a um só Estado, sendo necessário torná-la exequível em outras jurisdições, para que se alcance a totalidade da condenação ou que se cumpram determinações acessórias<sup>1665</sup>. O Brasil não tem legislação a respeito da transferência ativa ou passiva<sup>1666</sup> de presos, de modo que esse mecanismo só se operará mediante acordos internacionais<sup>1667</sup>, pautados pela reciprocidade<sup>1668</sup>.

O Brasil, seguindo a linha da maior parte dos países europeus ocidentais e dos Estados Unidos da América<sup>1669</sup>, dispensa procedimento de homologação da sentença estrangeira correspondente, tratando a transferência de presos como cooperação sem conteúdo jurisdicional propriamente dito (pedido administrativo de cooperação incidente à execução penal nacional ou estrangeira)<sup>1670</sup>. Essa sistemática deixa evidente a incoerência com que o sistema jurídico brasileiro trata seus mecanismos de cooperação, exigindo, por um aspecto, todo um encadeamento de órgãos judiciais e atos jurisdicionais para efetivar a execução de uma mera intimação via carta rogatória e, por outro, dispensando provimento jurisdicional propriamente dito para que seja efetivada a transferência de condenado<sup>1671</sup>. Outra particularidade brasileira é que o pedido de transferência de condenado (passivo)

---

<sup>1665</sup> O Superior Tribunal de Justiça brasileiro já decidiu acerca da possibilidade de homologação de sentença estrangeira, cuja pena de caráter criminal estaria prescrita, com o fim de fazer possível a adoção das medidas de reparação civil pertinentes (AgRg na SE 3.395/ES, Rel. Min. César Asfor Rocha, Corte Especial, DJe 05/02/2009).

<sup>1666</sup> A transferência de pessoas condenadas é um modo de cooperação penal internacional que não privilegia interesses diretos de Estados isolados, mas interesses humanitários, uma vez que visa a realocar o preso condenado em local próximo à sua família e que lhe seja de maior afinidade social e cultural, onde poderá ter um melhor apoio psicológico e emocional para viabilizar a ressocialização após o cumprimento da pena.

<sup>1667</sup> São com os seguintes países os instrumentos internacionais vigentes no Brasil acerca de transferência de condenados: Argentina, Angola, Bolívia, Canadá, Chile e Espanha, Panamá, Paraguai, Peru, Portugal, Holanda, Reino Unido e Irlanda do Norte. Há, ainda, as seguintes convenções multilaterais: CPLP (Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa de 23/11/2005), Mercosul e Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior de 09/06/1993 (Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/>. Acesso em: 15 jun. 2015).

<sup>1668</sup> *Guideline* do Ministério da Justiça brasileiro. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJCD90C52DITEMID74E57DE62CF440278C1991CB3746DEC1PTBRNN.htm>. Acesso em: 19 ago. 2015.

<sup>1669</sup> V Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons, United Nations, UNODC, 2012, Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Transfer\\_of\\_Sentenced\\_Persons\\_Ebook\\_E.pdf](https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Transfer_of_Sentenced_Persons_Ebook_E.pdf). Acesso em: 19 ago 2015.

<sup>1670</sup> *Guideline* do Ministério da Justiça brasileiro. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJCD90C52DITEMID74E57DE62CF440278C1991CB3746DEC1PTBRNN.htm>. Acesso em: 19 ago. 2015.

<sup>1671</sup> Nesse sentido, veja, como outro ponto incoerente da referida legislação, que a Resolução 9 do STJ, que regulamentou o art. 105 da CF (no que toca ao *exequatur* às cartas rogatórias e à homologação de sentença estrangeira) e o regimento interno do STF (que trata da extradição), é restrita às hipóteses em que o Brasil é o Estado requerido, o que deixa claro, portanto, a necessidade de organização do sistema legislativo brasileiro quanto à cooperação jurídica internacional.

enseja, necessariamente, abertura de procedimento de expulsão do preso estrangeiro interessado do Brasil<sup>1672</sup>. No caso de efetivação da transferência, a expulsão se opera no ato de sua entrega aos agentes responsáveis por seu traslado<sup>1673</sup>.

No que tange ao mecanismo de deslocamento de processos<sup>1674</sup>, não há instrumentos firmados exclusivamente para esta finalidade com o Brasil, onde o instituto ainda é visto com muito receio e como algo extraordinariamente novo. Caso emblemático foi o da Justiça de Berna, Suíça, ter iniciado procedimento para deslocamento de processo para o Brasil, concernente ao suposto cartel de empresas de trens urbanos de São Paulo, o qual teria envolvimento da Alstom e da Siemens. Na Suíça, pessoas e empresas apontadas como envolvidas estavam sendo investigadas por possível prática de lavagem de dinheiro, ocasião em que o Estado europeu houve por bem transferir o processo para a Justiça brasileira, que teria, então, acesso a documentos que possibilitariam uma compreensão mais inteiriça dos fatos em questão. A decisão da Suíça considerou que eventual condenação poderia ser inócua, em relação aos nacionais brasileiros, residentes no Brasil (quase todos os envolvidos), uma vez que não poderiam ser extraditados do território brasileiro para cumprimento de pena na Confederação Helvética<sup>1675</sup>. Em relação aos processos penais envolvendo Paulo Maluf, o Supremo Tribunal Federal solicitou a transferência de processos pertinentes a partir da França, de Luxemburgo e de Jersey, sem sucesso, todavia<sup>1676</sup>.

Nos tratados e convenções celebrados pelo Brasil, a autoridade central do Estado brasileiro é, via de regra, o Ministério da Justiça. Há casos em que é a Assessoria de Cooperação Jurídica Internacional da Procuradoria-Geral da República. Há casos em que a autoridade central para cooperação jurídica internacional age por meio do Departamento de

---

<sup>1672</sup> O órgão responsável pelo trâmite de todos os processos administrativos de transferência de condenados no Brasil é o Departamento de Estrangeiros da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça, que tem a prerrogativa de apreciar a admissibilidade dos pedidos (arts. 2º, II, “a”, I, e 9º, III, do Decreto n.º 6.061/2007).

<sup>1673</sup> Art. 67 do Estatuto do Estrangeiro.

<sup>1674</sup> É o mecanismo de cooperação que viabiliza o deslocamento de um procedimento penal já instaurado na jurisdição de um Estado para outro Estado, também competente para processar e julgar aquele fato (hipóteses comuns em crimes transnacionais), quando o traslado for benéfico ao trâmite do processo (CESTARI, Virgínia; TOFFOLI, José Antonio Dias. *Mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional no Brasil*, p. 8-9, Disponível em: [www.agu.gov.br/page/download/index/id/1070064](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/1070064). Acesso em 19 ago. 2015).

<sup>1675</sup> Notícia a esse respeito disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,suica-quer-transferir-ao-brasil-processo-contra-suspeitos-do-cartel-de-trens-em-sp,1602674>. Acesso em: 20 ago. 2015.

<sup>1676</sup> Acerca da autorização do Supremo Tribunal Federal do Brasil para a solicitação dos procedimentos: <http://s.conjur.com.br/dl/maluf.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015; e <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=266777>. Acesso em 20 ago. 2015.

Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) e do Departamento de Estrangeiros (DEEST), nos termos do Decreto nº 6.061/2007<sup>1677</sup>. Ao DEEST compete analisar e tramitar os pedidos de extradição e de transferência de pessoas condenadas. Ao DRCI cabe analisar e tramitar as demais espécies de pedidos de cooperação jurídica internacional. Para o Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre o Governo da República Portuguesa e o Governo da República Federativa do Brasil, bem como para o Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá (Decreto nº 6.747, de 22 de janeiro de 2009), a Procuradoria-Geral da República exerce a função de autoridade central, isto é, o Brasil chega a ter quatro autoridades centrais.

À luz dessa análise descritiva, resta fora de questionamentos, pois, a nítida imprecisão legislativa no Direito brasileiro quanto ao tratamento da cooperação jurídica internacional. A referida imprecisão inviabiliza não apenas os procedimentos solicitados por países estrangeiros ao Brasil, mas, de igual modo, também as solicitações feitas pelo país. Nesse sentido, em levantamento feito pela Associação dos Juízes Federais do Brasil, no ano de 2003, as autoridades brasileiras haviam sido atendidas em apenas 16 % dos pedidos formulados às autoridades estrangeiras. Em 2005, em estudo realizado pelo Conselho da Justiça Federal, verificou-se que 70 % das cartas rogatórias expedidas por autoridades brasileiras simplesmente não são atendidas. Nesse mesmo estudo, verificou-se que, nos poucos casos em que a carta rogatória foi atendida, o procedimento mostrou-se inadequado e ineficiente para a obtenção das medidas como bloqueio de ativos financeiros, uma vez que, até ser cumprida, o dinheiro já tinha sido transferido, diversas vezes, para outros países<sup>1678</sup>.

Também segundo esse juízo crítico negativo quanto aos mecanismos de cooperação penal internacional da República brasileira, a exposição de motivos da Proposta de Emenda Constitucional 152-1999 - a qual visou, sem aprovação, à transferência da competência processual para homologação de sentença estrangeira e

---

<sup>1677</sup> A partir do Decreto 8.668, de 11 de fevereiro de 2016, que aprovou a estrutura regimental do Ministério da Justiça, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional passou a exercer as atribuições de autoridade central para o trâmite dos pedidos de cooperação jurídica internacional em assuntos de extradição, de transferência de pessoas condenadas e de execução de penas, coordenando e instruindo pedidos ativos e passivos, para o trâmite de negociação de acordos de cooperação jurídica internacional nesses temas.

<sup>1678</sup> SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes de. Anotações sobre o Anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional. *Revista de Processo*, v. 129. São Paulo: 2005, p. 134.

execução de carta rogatória da Corte Superior para o juiz de primeiro grau competente para execução da sentença - enunciou que o rito dos pleitos cooperativos, no Brasil, eram inteiramente anacrônicos, incompatíveis com o dinamismo e a crescente circulação de leis e de pessoas da sociedade moderna e, especialmente, com o movimento de integração dos sistemas jurídicos, não havia motivo relevante que justificasse que o pedido ficasse sob o crivo de dois graus de jurisdição e especialmente da Corte Superior.

## **12.12 – Dos crimes de transcendência internacional no ordenamento jurídico brasileiro**

### **12.12.1. O tráfico de drogas no ordenamento jurídico brasileiro**

No Brasil, as previsões típicas criminais tocantes ao tráfico de entorpecentes são concentradas na Lei Federal n.º 11.343/2006. Tal diploma normativo substituiu, por ab-rogação expressa, a Lei Federal n.º 6.368/1976 e decorreu de escolha política adotada com finalidade de modernizar a sistemática de combate ao tráfico de drogas, de aperfeiçoar a abordagem estatal sobre o usuário de estupefacientes, de buscar a proporção entre penas e figuras típicas em uma visão de sistema repressivo, entre outros fins<sup>1679</sup>. Os dispositivos incriminadores pertinentes são os que seguem:

#### Tráfico de Drogas

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Condutas equiparadas ao tráfico de drogas

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

---

<sup>1679</sup> A nova lei deixou de aplicar pena privativa de liberdade à conduta típica de consumir drogas, tendo ocorrido a despenalização da conduta e o fato, portanto, continua a ser típico. Em sentido contrário, entendendo que houve a descriminalização da conduta: BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Pena*, v.1 – 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 563.

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

[...] *omissis*

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

Associação para o tráfico de drogas

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Associação para o financiamento do tráfico de drogas

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Financiamento do tráfico de drogas

Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

Colaborador-informante de grupo, organização ou associação para o tráfico de drogas

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

[...] *omissis*

Causa de aumento de pena por transnacionalidade

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

Vê-se que, a partir da transcrição dos dispositivos, o Brasil adotou a denominação *droga* como base das condutas de tráfico, em vez de entorpecentes, estupefacientes, psicotrópicos, narcóticos ou outras designações menos abrangentes. As drogas, no Brasil, sob a égide normativa vigente, abrangem tanto substâncias do tipo: fármacos, sejam halopáticos, sejam fitoterápicos, insumos para sua preparação; e vegetais ou fungos inteiros, por partes, seus extratos e seus germinantes, proibidas em qualquer circunstância – denominadas proscritas –, como aquelas controladas acuradamente pelo Estado, se utilizadas em descompasso com prescrição de profissional habilitado para fazê-la ou em desconformidade com a legislação específica; bem assim substâncias controladas ou proscritas utilizadas fora de contexto ritualístico-religioso, quando haja autorização para

tal uso (parágrafo único do art. 1º e art. 2º, *caput* e parágrafo único, da Lei Federal n.º 11.343/2006)<sup>1680</sup>.

A portaria n.º 344/1998 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (norma geral), a Resolução da ANVISA RDC n.º 20/2011 (norma especial relativa a antimicrobianos) e Instrução Normativa n.º 25/2012 do Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento – MAPA- (norma especial relativa a animais) são as principais fontes da variada regulamentação de circulação de produtos de efeitos entorpecentes ou psicotrópicos, mediante receitas emitidas por profissionais especializados, regulação de produtos utilizados no fabrico de entorpecentes ou psicotrópicos, e proibição dessas substâncias entorpecentes ou psicotrópicas e de vegetais e fungos nela elencados, bem como, por fim, de diversos outros fármacos controlados. Na lista em tela, não estão incluídas a papoula (*Papaver soniferum*), de onde se extraem os opiáceos, as plantas do gênero *Sassafras*, que contêm o aromático safrol, precursor da metilenodioxianfetamina – MDA - e da metilenodioximetanafetamina – MDMA -; os fungos do gênero *Psilocybe*, que podem conter psilocibina e psilocina; nem qualquer outro organismo vivo, embora substâncias deles extraídas possam figurar como proscritas ou controladas<sup>1681</sup>. As normas acima, sobretudo a Portaria n.º 344/1998 da ANVISA, estão em conformidade com a Convenção de Viena sobre Substâncias Psicotrópicas, ratificada pela República Federativa do Brasil por meio do Decreto n.º 154/1991 que, segundo o Supremo Tribunal Federal, goza de hierarquia normativa infraconstitucional, no mesmo plano de existência e eficácia das leis ordinárias (ADI-MC 1480-3/DF).

---

<sup>1680</sup> No Brasil, até o momento, só há uma hipótese de autorização estatal, a de uso ritualístico-religioso de substância proscrita. De fato, em 26/1/2010, foi publicada a Resolução n.º 1/2010 do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas – CONAD, que encampou conclusão de Grupo Multidisciplinar de Trabalho, constituído pelo mesmo conselho, pela aprovação do uso religioso/ritualístico da *Ayahuaska* {DMT; 3-[2-(dimetilamino) etil] indol; N,N-dimetiltriptamina}, correspondente à substância psicotrópica proscrita, inclusive por força de disposição da Convenção de Viena sobre Substâncias Psicotrópicas. O fundamento legal utilizado na ocasião foi a autorização excepcional com base no art. 2º, *caput*, da Lei Federal n.º 11.343/2006, bem como decisão do *International Narcotics Control Board* - INCB da Organização das Nações Unidas, no sentido de que a bebida *Ayahuaska* e as espécies vegetais utilizadas em seu preparo não estavam sujeitas a controle internacional de narcóticos.

<sup>1681</sup> É de se atentar que o Brasil proíbe, atualmente, na categoria de plantas proscritas, apenas seis organismos vivos, quais sejam: *Cannabis sativum* (todas as subespécies e variedades, desde que possam originar alcaloides canabinoides); *Claviceps paspali* (fungo a partir do qual podem ser extraídos alcaloides ergotamínicos e lisérgicos); *Datura suaveolans* (planta conhecida, entre outras designações, como trombeta ou zabumba, e que contém, principalmente, escopolamina, atropina e hiosciamina); *Erythroxylum coca* (vegetal andino de que se extraem inúmeros alcaloides, com destaque para a cocaína); *Lophophora williamsii* (cacto estadunidense-mexicano, conhecido com *peyote*, a partir do qual se obtém, dentre outros alcaloides, a mescalina) e *Prestonia amazonica* (vegetal que contém dimetiltriptamina).



No tocante às previsões típicas de tráfico (e tráfico por equiparação) de drogas, já transcritas, destacam-se: a) todas as previsões criminais são polinucleares, podendo o crime respectivo consumir-se pela perfectibilidade de, ao menos, uma das condutas enumeradas; b) o elemento subjetivo de todas os tipos incriminadores é o dolo, consistente em vontade livre e consciente de realizar verbo nuclear do tipo em desatendimento à determinação legal ou regulamentar referente às drogas em manejo; c) a definição de droga, como já visto, dependerá de norma suplementar de caráter administrativo, dispensando-se a republicação da lei inteira a cada atualização da política pública em relação a substâncias e organismos proscritos e controlados; d) a transnacionalidade do tráfico de drogas, além de pesar em desfavor do agente para efeitos de dosimetria de sua pena, diante de eventual condenação criminal, também desloca a competência para processamento e julgamento do ilícito para a Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso V, da Constituição da República Federativa do Brasil, eis que concerne a tipos penais amparados em previsão de convenção de Direito Internacional Público (Convenção de Viena sobre Substâncias Psicotrópicas) de que o Brasil é parte.

Nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição da República Federativa do Brasil e do art. 2º da Lei Federal n.º 8.072/1990, as condutas de tráfico de drogas são equiparadas a crimes hediondos, passíveis de tratamento mais gravoso. O Brasil não possui territórios ultramarinos ou território nacional destacado da massa continental principal e fora de seu mar territorial, de modo que o tráfico transnacional de drogas materializa-se pelo trespassar ou pela intenção de trespassar de suas fronteiras soberanas territoriais, aéreas, marítimas, fluviais e lacustres, todas com Estados da América do Sul, com um território ultramarino francês na América do Sul e com o Oceano Atlântico (mares territoriais soberanos de nações vizinhas ou águas internacionais).

#### **12.12.2. – O crime de organização criminosa no ordenamento jurídico brasileiro**

A Lei Federal n.º 12.850/2013 define, no Brasil, a conduta do ilícito de organização criminosa e equiparados, nos termos que seguem:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

§ 2º Esta Lei se aplica também:

I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

II - às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

§ 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.

§ 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.

§ 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):

I - se há participação de criança ou adolescente;

II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;

III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;

IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;

V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.

Inicialmente, cumpre diferenciar, no ordenamento jurídico brasileiro, o crime de associação criminosa, previsto no art. 288, *caput* e parágrafo único, do Código Penal, de qualquer conduta tipificada sob a baliza de conceituação de organização criminosa. Nesse tocante, vê-se que associação criminosa é mais genérica que qualquer

conduta atinente à organização criminosa, já que se funda em associação de três ou mais pessoas com o fim específico de cometer crimes, enquanto esta última, atendendo à legalidade estrita que vigora na seara criminal, somente se perfaz com a existência concomitante dos diversos requisitos enumerados no § 1º do art. 1º da referida lei.

É de se atentar, no mesmo tocante, que a Lei Federal n.º 12.850/2013 materializou a escolha política do legislador brasileiro no sentido de desmembrar o conteúdo da norma penal cogente do antigo ilícito de quadrilha ou bando – art. 288 do Código Penal – (a redação ab-rogada era “associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para fim de cometer crimes”, com pena de reclusão de 01 (um) a 03 (três) anos, para fazer as condutas ali tipificadas serem subsumíveis, ou à associação criminosa (tipo penal, *ipsis litteris*, é “associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes”), ou a crimes que envolvam organização criminosa, que consiste, nos termos do dispositivo normativo já indicado no parágrafo anterior e alhures transcrito, em “associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”.

Vê-se, ademais, que a organização criminosa e a associação criminosa abarcam um maior número de agremiações do que as anteriores quadrilhas ou bandos, ou mesmo que outras previsões setoriais ainda vigentes, como associação para o tráfico de entorpecentes ou para seu financiamento – vejam-se transcrições no anexo –, de modo que representam um afinamento do Estado com uma maior repressão a uma fase anterior à realização do núcleo de crimes-fim, motivado pelo aparelhamento da atividade criminosa, inclusive transnacional, que se aperfeiçoa na pós-modernidade e não escapa às discussões de foros internacionais e de organismos variados, tamanho o dano ao tecido social e econômico que provocam.

Com efeito, a Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n.º 5.015/2004, é exemplo do movimento internacional para o combate a organizações criminosas. Quanto à definição de organização criminosa trazida pela convenção em tela, todavia, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não se coadunaria

com o ordenamento jurídico brasileiro, à minguada de autorização de lei penal para que o conceito de organização criminosa fosse estabelecido por via outra, como o Decreto que promulgou a Convenção de Palermo (STF, HC 96007/SP, inteiro teor, e RHC 124.082/DF). Fixadas as premissas acima, extrai-se da legislação pertinente que, no Brasil, incide em previsão de norma penal incriminadora aquele que promove, financia, constitui ou integra, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa, de acordo com as definições da lei, bem assim àquele que embarça ou impede as investigações pertinentes. A transnacionalidade serve tanto para o agravamento da pena (causas de aumento de pena dos incisos III e V do § 4º do art. 2º da Lei Federal n.º 12.850/2013), quanto para a própria conceituação de organização criminosa (organização terrorista internacional ou organização criminosa voltada à prática de ilícitos transnacionais).

### **12.12.3. O crime de tráfico de pessoas no ordenamento jurídico brasileiro**

No Brasil, não há um tipo penal abrangente acerca de tráfico de pessoas, mas algumas previsões incriminadoras que se interseccionam com acepções da ideia mais ampla de tráfico internacional de seres humanos, assim como posta nos Protocolos Adicionais à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo); Protocolo relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças e Protocolo sobre o Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, promulgados, respectivamente, pelos Decretos n.º 5.017 e 5.016 de 12 de março de 2004. Os Protocolos acima trazem as definições para tráfico de pessoas que seguem transcritas:

Protocolo relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças

Artigo 3

Definições

Para efeitos do presente Protocolo:

a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras

formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;

b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);

c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados "tráfico de pessoas" mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo;

d) O termo "criança" significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.

Protocolo sobre o Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea

### Artigo 3

#### Definições

Para efeitos do presente Protocolo:

a) A expressão "tráfico de migrantes" significa a promoção, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material, da entrada ilegal de uma pessoa num Estado Parte do qual essa pessoa não seja nacional ou residente permanente;

b) A expressão "entrada ilegal" significa a passagem de fronteiras sem preencher os requisitos necessários para a entrada legal no Estado de acolhimento.

c) A expressão "documento de viagem ou de identidade fraudulento" significa qualquer documento de viagem ou de identificação:

(i) Que tenha sido falsificado ou alterado de forma substancial por uma pessoa ou uma entidade que não esteja legalmente autorizada a fazer ou emitir documentos de viagem ou de identidade em nome de um Estado; ou

(ii) Que tenha sido emitido ou obtido de forma irregular, através de falsas declarações, corrupção ou coação ou qualquer outro meio ilícito; ou

(iii) Que seja utilizado por uma pessoa que não seja seu titular legítimo;

d) O termo "navio" significa todo o tipo de embarcação, incluindo embarcações sem calado e hidroaviões, utilizados ou que possam ser utilizados como meio de transporte sobre a água, com exceção dos vasos de guerra, navios auxiliares da armada ou outras embarcações pertencentes a um Governo ou por ele exploradas, desde que sejam utilizadas exclusivamente por um serviço público não comercial.

Nesse tocante, o Código Penal brasileiro traz três tipos penais, que se somam a previsões em legislação extravagante, a seguir transcritos:

## CÓDIGO PENAL

Art. 206 - Recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

[...] *omissis*

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

[...] *omissis*

Art. 245 - Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 1º - A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior.

## ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Art. 239. Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro:

Pena - reclusão de quatro a seis anos, e multa.

LEI N.º 9.434/1997

Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.

[...] *omissis*

Art. 17 Recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena - reclusão, de seis meses a dois anos, e multa, de 100 a 250 dias-multa.

## ESTATUTO DO ESTRANGEIRO

Art. 125. Constitui infração, sujeitando o infrator às penas aqui cominadas:

[...] *omissis*

XII - introduzir estrangeiro clandestinamente ou ocultar clandestino ou irregular:

Pena: detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e, se o infrator for estrangeiro, expulsão.

O crime do art. 231 do CP restringe-se a tráfico de pessoas para fins de prostituição ou exploração sexual, bem como condutas acessórias. Por estar inserido no título de crimes contra a dignidade sexual, trata-se de tutela prevalente do pudor público, embora também, em menor grau, da liberdade sexual e do pudor individual. Do tipo penal, pode-se deduzir que nenhum consentimento livre da pessoa traficada tem o condão de excluir o ilícito, enquanto que o consentimento mediante coação ou fraude pode repercutir em agravamento da pena do agente. A violência é presumida, se a pessoa traficada tiver até quatorze anos, se for alienada mentalmente ou se não tem condições de opor resistência. Atente-se, ademais, que, seguindo a linha de que as atividades de disposição do próprio corpo para prostituição não são criminalizadas no ordenamento brasileiro, a saída de brasileiro para se prostituir em país estrangeiro só se amolda à figura em tela para o terceiro que vem a explorar ou auxiliar essa saída ou a atividade de prostituição em si, desde que essa finalidade lhe adentre a consciência<sup>1682</sup>.

O crime do art. 206 do CP, a seu turno, trata do tráfico de pessoas unicamente para o exterior, mediante fraude atinente a recrutamento de trabalhadores. É crime contra a Organização do Trabalho e, é lógico, que o que se pune é a fraude empregada no aliciamento laboral, a qual, via de regra, submete as pessoas a condições degradantes, quando de sua chegada ao exterior, ou, no mínimo, representa importante cerceamento de sua liberdade de contratar. O ilícito do art. 245, § 1º, do CP pune o detentor de pátrio poder que entrega filho a pessoa sob cujo poder este está moral ou materialmente em perigo, vindo a ser remetido ao exterior. O tipo acima difere daquele do art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que este, além de não exigir que o agente tenha pátrio poder relativamente ao traficado, refere-se à perfectibilidade de

---

<sup>1682</sup> Naturalmente, servidores do Estado ou funcionários de representações consulares que venham a auxiliar a pessoa que pretende se prostituir no exterior, com a obtenção de passaporte e outros papéis, não incidem no ilícito, eis que estão cumprindo função que lhes é própria, a mais de garantirem a liberdade individual (escolha) da pessoa que os procura, cabendo ao Estado destinatário avaliar, segundo os critérios de sua legislação interna, se lhe é conveniente a recepção de pessoa que a seu território se destina para se dedicar à prostituição.

qualquer ato na cadeia de remessa de criança ou adolescente ao exterior, inclusive condutas de auxílio e com as condicionantes de que tal remessa deva se dar de forma irregular ou que sua finalidade seja a obtenção de lucro.

A Lei Federal n.º 9.434/1997 contém duas previsões típicas que podem ser consideradas tráfico de pessoas: a compra ou venda de órgãos, tecidos ou partes de corpo humano, vale dizer, o comércio de órgãos, tecidos e partes humanas (art. 15); e o recolhimento, transporte, guarda ou distribuição de partes humanas que tenham sido obtidas em desacordo com as disposições da mesma lei, desde que o agente tenha conhecimento dessas ilegalidades (art. 17). Em ambos os casos, a transnacionalidade se faz necessária para a configuração de tráfico internacional de pessoas. Por derradeiro, o Estatuto do Estrangeiro traz a conduta mais generalista de introdução clandestina de estrangeiro ou de ocultação de estrangeiro clandestino ou irregular em território brasileiro (art. 125, inc. XII). Deve-se atentar, outrossim, que a ideia de tráfico de pessoas (tráfico internacional de pessoas e migrantes), tal qual posta nos Protocolos Adicionais já referidos, exigem atuação por organização internacional. Em tal caso, no Brasil, é aplicável, cumulativamente, para os crimes da lei analisados no ponto 2 (e transcritos no ponto 2 do anexo).

#### **12.12.4. – O crime de branqueamento de capitais no ordenamento jurídico brasileiro**

O Brasil é membro da FATF-GAFI (*Financial Action Task Force – Grupo de Ação Financeira Internacional*), que objetiva estabelecer *standards* e promover implementação efetiva de medidas legais, regulatórias e operacionais para o combate à lavagem de dinheiro, ao financiamento ao terrorismo e a outras ameaças à integridade do sistema financeiro internacional<sup>1683</sup>. Em sua última análise publicada acerca do Brasil, o grupo elogia a postura legislativa adotada e a estrutura jurisdicional posta para o combate de crimes financeiros. O mesmo estudo aponta a criminalização das condutas adequadas, porém ressalta o baixo número de condenações, seja pela grande dimensão do país, seja

---

<sup>1683</sup> <http://www.fatf-gafi.org/about/>



pelo grau de sofisticação de seu sistema financeiro, como também pela ausência de tipificação penal suficiente para o financiamento ao terrorismo<sup>1684</sup>.

O branqueamento de capitais é criminalizado, no Brasil, por meio da Lei Federal n.º 9.613/1998, com redação alterada por legislação que expandiu o ilícito, consoante padrão do GAFI (Lei Federal n.º 12.683/2012)<sup>1685</sup>. A cabeça do artigo primeiro é cristalina, no sentido de tornar ilícito de branqueamento de capitais a ocultação ou dissimulação de natureza, de origem, de localização, de disposição, de movimentação, de propriedade de quaisquer bens, direitos ou valores oriundos, direta ou indiretamente, de quaisquer infrações penais. Vale dizer, o resultado direto ou indireto de ilícitos penais – sejam ou não praticados no Brasil –, que tenham valor de mercado não poderá ser objeto de ocultação ou dissimulação em suas características, sua situação, ou de operações a que sejam conduzidos, sob pena de subsunção à norma penal incriminadora.

O parágrafo primeiro do mesmo artigo prevê, ainda, três hipóteses incriminadoras: a) a conversão de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal em ativos lícitos, com o fim de promover sua ocultação ou dissimulação; b) a aquisição, a recepção, a troca, a negociação, a dação em garantia, a recepção em garantia, a guarda, o depósito, a movimentação e a transferência de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, com o fim de promover sua ocultação ou dissimulação; c) a realização de operações de importação ou exportação de bens, sob valores diversos dos verdadeiros. O parágrafo segundo, a seu turno, traz como crime: a) utilização, na atividade econômica ou financeira, de bens, direitos ou valores oriundos de infração penal; b) participação de grupo, associação ou escritório, de modo que sua atividade principal ou secundária se destina à prática de crimes previstos na mesma lei.

---

<sup>1684</sup> <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Brazil%20ES.pdf>

<sup>1685</sup> Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. § 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I - os converte em ativos lícitos; II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros. § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei. § 3º A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal. § 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa.

Os parágrafos, como evidenciado, trazem condutas que orbitam em torno da ocultação ou da dissimulação previstas na cabeça do artigo, infiltrando-se por atos que podem anteceder a efetiva ocultação ou dissimulação ou que representam uma parte do todo necessário para se chegar ao branqueamento de um valor, como também que concernem ao assessoramento consultivo ou auxílio técnico ao ilícito em questão prestado por escritórios de contabilidade, advocacia, prestadores de consultoria financeira, entre outros. A utilização dos recursos de origem criminosa, na atividade econômica ou financeira, pune tanto condutas anteriores à perfectibilidade da lavagem do capital, como posteriores, após seu revestimento de aparente licitude, do que se depreende que o valor branqueado não se torna lícito, mas apenas se reveste de licitude dissimulada ou tem sua ilicitude ocultada.

A importação e a exportação praticadas com valores diversos dos reais permitem sobretudo que se forje uma operação com lucro, servindo para vestir de legalidade valores provenientes de práticas delitivas, constituindo provável antecedente de lavagem de dinheiro *stricto sensu* que o legislador optou por criminalizar sob tal *nomen juris*, independentemente da finalidade da transação internacional. O ataque em várias frentes se justifica por ser o branqueamento de capitais ilícito que se utiliza de ferramentas sofisticadas para seu perfazimento, como o fracionamento dos recursos ilícitos e sua introdução no mercado, sob forma lícita, em etapas (o chamado *smurfing*), entre inúmeras outras práticas.

Os crimes de lavagem de dinheiro são pluriofensivos, pois que se pode dizer que ofendem a administração da Justiça e o bom funcionamento da ordem econômica, dificultando a recuperação de proveitos de crime, estimulando cartelizações, monopolizações, abusos de poder econômico, implementação de corrupção, entre outros danos relevantes no tocante à manutenção da tessitura social. O cometimento de qualquer dos crimes previstos na lei em baila, em contexto de organização criminosa, enseja aumento de pena, em caso de condenação, sem prejuízo de punição da formação de organização criminosa *de per se*. A transnacionalidade do branqueamento de capitais pode se dar por dois modos: em relação ao crime antecedente<sup>1686</sup>, se ele for cometido com transnacionalidade; em relação à execução da própria lavagem de capitais, que envolva

---

<sup>1686</sup> Para referência do crime antecedente como elementar do tipo: D'AVILA, Fabio Roberto. A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais. In: *Boletim IBCCRIM*, ano 7, n. 79, 1999, p.3-4.

conduta ou resultado que se produzam ou deveriam se produzir parte no Brasil e parte no exterior, independentemente de o crime antecedente ser transnacional. A competência para processamento e julgamento de crimes de branqueamento de capitais transnacionais é da Justiça Federal, nos esteios do art. 109, inc. V, da CRFB.

#### **12.12.5. – O crime de corrupção no ordenamento jurídico brasileiro**

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º 5.687/2006<sup>1687</sup>, prescreve que os Estados-Partes da Convenção adotarão medidas para criminalizar a prática transnacional de suborno de funcionários públicos, nacionais, estrangeiros e de organizações internacionais públicas; a malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvios de bens por funcionários públicos; o tráfico de influências; o abuso de funções com o fim de obter benefício indevido para si ou para outrem; o enriquecimento ilícito de funcionário público; o suborno no setor privado; a malversação ou peculato de bens no setor privado; a lavagem de produto de delito; o encobrimento de delitos abrangidos pela Convenção; a obstrução da Justiça relativamente a delitos previstos na Convenção.

---

<sup>1687</sup> A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º 5.687/2006, preambula que os Estados Partes da Convenção, preocupados *com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito*; preocupados, também, *pelos vínculos entre a corrupção e outras formas de delinquência, em particular o crime organizado e a corrupção econômica, incluindo a lavagem de dinheiro*; preocupados, ainda, *pelos casos de corrupção que penetram diversos setores da sociedade, os quais podem comprometer uma proporção importante dos recursos dos Estados e que ameaçam a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável dos mesmos*; convencidos de que *a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, faz-se necessária a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela*; convencidos, também, de que *se requer um enfoque amplo e multidisciplinar para prevenir e combater eficazmente a corrupção*; convencidos, ainda, de que *a disponibilidade de assistência técnica pode desempenhar um papel importante para que os Estados estejam em melhores condições de poder prevenir e combater eficazmente a corrupção, entre outras coisas, fortalecendo suas capacidades e criando instituições*; convencidos de que *o enriquecimento pessoal ilícito pode ser particularmente nocivo para as instituições democráticas, as economias nacionais e o Estado de Direito*; e decididos a *prevenir, detectar e dissuadir com maior eficácia as transferências internacionais de ativos adquiridos ilícitamente e a fortalecer a cooperação internacional para a recuperação destes ativos*; reconhecendo os princípios fundamentais do devido processo nos processos penais e nos procedimentos civis ou administrativos sobre direitos de propriedade; acordam como finalidades gerais (Artigo 1) do instrumento de Direito Internacional Público em questão *promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; e promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.*

Diante disso, impende analisar quais dessas condutas já foram criminalizadas a contento pelo Brasil. No sistema brasileiro, há duas condutas típicas sob *nomen juris* de corrupção, embora não abranjam a totalidade dos atos de corrupção, assim como delineados pela Convenção acima citada. São os crimes de corrupção ativa (art. 333 do Código Penal<sup>1688</sup>) e passiva (art. 317 do Código Penal<sup>1689</sup>), transcritos no anexo. Pode-se somar, ainda, o crime de corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-B do Código Penal<sup>1690</sup>). São, obviamente, figuras que se limitam ao suborno de funcionários públicos nacionais ou estrangeiros (conceituação de funcionários públicos nacionais consoante o art. 327, *caput* e §§, do CP e de funcionário público estrangeiro, conforme o art. 337-D, *caput* e parágrafo único, do CP) ou pela solicitação ou aceitação de subornos por funcionários públicos nacionais. Os subornos podem beneficiar o próprio funcionário ou terceiro. O crime se configura mesmo que exista só a promessa, nunca concretizada, de vantagem.

Necessário distinguir as corrupções ativas das passivas, quanto ao fim exigido pelos tipos penais. Enquanto as primeiras não prescindem de que o ato tenha por fim exortar o funcionário público a praticar, omitir ou retardar ato de ofício (relacionado à transação comercial internacional, no caso do art. 337-B do CP), não se exigindo, entretanto, sua efetivação para consumação dos ilícitos, o que, todavia, pode ensejar sanção penal mais gravosa, as corrupções passivas se perfectibilizam pela simples solicitação, recepção ou aceitação de promessa, por funcionário público, de vantagem indevida. Tal se justifica por ser a atividade do funcionário público brasileiro vinculada à estrita legalidade, de modo que este não pode receber vantagens não lícitas, ainda que inexista uma finalidade específica de escambo real ou um crédito num mercado virtual de favores administrativos.

---

<sup>1688</sup> Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. § 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. § 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

<sup>1689</sup> Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

<sup>1690</sup> Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Obviamente, o que a Convenção em tela trata como corrupção escapa às três figuras delitivas acima, abrangendo, sem dúvida, diversos outros tipos penais, os quais se transcrevem no anexo da Tese. Sob a rubrica de crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública, têm-se os crimes de peculato, peculato culposo, peculato mediante erro de outrem, inserção de dados falsos em sistema de informações, emprego irregular de verbas ou rendas públicas, concussão, excesso de exação, facilitação de contrabando ou descaminho, prevaricação, advocacia administrativa, violação de sigilo funcional:

#### Peculato

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

#### Peculato culposo

§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

#### Peculato mediante erro de outrem

Art. 313 - Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

#### Inserção de dados falsos em sistema de informações

Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

#### Emprego irregular de verbas ou rendas públicas

Art. 315 - Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

#### Concussão

Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

#### Excesso de exação

§ 1º - Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 2º - Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

#### Facilitação de contrabando ou descaminho

Art. 318 - Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho (art. 334):

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

#### Prevaricação

Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

#### Advocacia administrativa

Art. 321 - Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

Parágrafo único - Se o interesse é ilegítimo:

Pena - detenção, de três meses a um ano, além da multa.

#### Violação de sigilo funcional

Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Sob a rubrica de crimes praticados por particulares contra a Administração Pública, elencam-se o tráfico de influência, tráfico de influência em transação comercial internacional, falso testemunho ou falsa perícia, coação no curso do processo, fraude processual, favorecimento pessoal, favorecimento real e exploração de prestígio:

#### Tráfico de Influência

Art. 332 - Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao funcionário. [...]

c) sob a rubrica de crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira:

#### Tráfico de influência em transação comercial internacional

Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro.

d) sob a rubrica de crimes contra a administração da Justiça:

Falso testemunho ou falsa perícia

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

§ 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

Art. 343. Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação: Pena - reclusão, de três a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

Coação no curso do processo

Art. 344 - Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Fraude processual

Art. 347 - Inovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito:

Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa.

Parágrafo único - Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.

Favorecimento pessoal

Art. 348 - Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão:

Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.



§ 1º - Se ao crime não é cominada pena de reclusão:

Pena - detenção, de quinze dias a três meses, e multa.

§ 2º - Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.

Favorecimento real

Art. 349 - Prestar a criminoso, fora dos casos de co-autoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime:

Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.

Exploração de prestígio

Art. 357 - Solicitar ou receber dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário de justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Parágrafo único - As penas aumentam-se de um terço, se o agente alega ou insinua que o dinheiro ou utilidade também se destina a qualquer das pessoas referidas neste artigo.

Embora o rol seja extenso e possa ser estendido ainda mais, com inclusão de crimes de responsabilidade de Prefeitos e Vereadores, os ilícitos acima parecem absorver a ideia geral do que pretende alcançar a Convenção, tirante os crimes de branqueamento de capitais, já analisados em unidade à parte. Rememore-se que a Convenção se dedica à corrupção *lato sensu* transnacional que, também por força do art. 109, inc. V, da CRFB, é de competência da Justiça Federal do Brasil, respeitados os casos de foro especial por prerrogativa de função.

#### **12.12.6. – O crime de terrorismo no ordenamento jurídico brasileiro**

Como é de notória sabença, o terrorismo tem acompanhado a história da humanidade, como um instrumento de pressão para obter vitórias das mais variadas, sejam legítimas ou ilegítimas as pretensões. No século XX, pode-se destacar o terrorismo religioso ou separatista intraeuropeu como aquele que mais atenções atraía do mundo, sobretudo relativamente a grupos ligados à independência da Irlanda do Norte do Reino Unido e da Região Autônoma espanhola do País Basco. A partir de 1972, a Assembleia-

Geral das Nações Unidas passou a elevar os debates acerca do terrorismo a níveis prioritários, tratando a questão como um problema de interesse global. Mal se adentrou o século XXI, e o terrorismo extremista islâmico pós-moderno assumiu sua face hodierna, com os atentados coordenados e quase simultâneos em território estadunidense, entre os quais aqueles dois que levaram à destruição de ambas as torres do *World Trade Center*, no coração financeiro de Nova Iorque<sup>1691</sup>.

Sob essa linha de terrorismo, seguiram-se, com destaque, os atentados na estação de Atocha, em Madri, em 2004; atentados aos transportes públicos de Londres, em 2005; ataque à sede do hebdomadário satírico *Charlie Hebdo*, em Paris, no ano de 2015, com assassínios a tiros de armas de fogo; ataques coordenados a várias áreas simultâneas da cidade de Paris e da *banlieue* de Saint-Denis, com mortes por explosões de bombas, granadas e tiros de armas de fogo. Obviamente, uma quantidade incomensurável de outros eventos terroristas ocorreram no globo, desde 2001, a maioria deles sequer relacionada a extremismo islâmico e, muitas vezes, de pouco impacto em número de mortes.

Malgrado sua compreensão pela ONU e por grande parte do mundo, como modalidade de ação humana cuja imperiosidade do combate coordenado internacional é inquestionável, existem problemas para a tipificação penal do terrorismo. Com efeito, o terrorismo, mesmo diante de uma acepção histórica, pode ensejar semânticas variadas, vale dizer, circundar, mais ou menos, espécies do gênero (o que o terror pode expressar), criminalizando-as de um modo ou de outro. O certo é que inexistente tratamento uniforme no mundo a tal respeito. Mesmo as Convenções Internacionais das Nações Unidas para a Supressão de Atentados Terroristas (1998)<sup>1692</sup>, para Supressão do Financiamento do Terrorismo (2000)<sup>1693</sup> e para Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear (2005)<sup>1694</sup> são

---

<sup>1691</sup> Trata-se de atentados de grande elaboração, fulcrados em total desrespeito a valores humanitários e de liberdade, ocorridos em centros de comando nervoso econômico, cultural e político do Ocidente, bem como com largo recurso posterior à divulgação midiática e à exortação ao medo, amplificando o horror e a sensação de insegurança generalizada. Também há nítida vocação jihadista nesses grupos extremistas, com exegese ultraortodoxa das escrituras islâmicas, de modo, até mesmo, a justificar uma guerra às liberdades admitidas no Cristianismo e no Judaísmo, como infiéis aos mandamentos de Alá e das orientações do profeta Maomé.

<sup>1692</sup> Disponível em: <http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/conventions/Conv11.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2015.

<sup>1693</sup> Disponível em: <http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/conventions/Conv12.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2015.

<sup>1694</sup> Disponível em: <http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/conventions/Conv13.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2015.

omissas em delinear o que seria o ato de terrorismo a ser criminalizado pelos Estados-Partes, não se elevando para além de abordagens superficiais.

É inegável que o Brasil assumiu compromissos internacionais reiterados com o escopo de reprimir o terrorismo (Convenção Interamericana contra o Terrorismo – Decreto n.º 5.639/2005; Resoluções da ONU 49/60/2005/Assembleia Geral, 1373/2001/Conselho de Segurança, 57/83/2002/Assembleia Geral, 1540/2004/Conselho de Segurança, entre outros), todavia, até o momento, não adotou uma figura típica compatível com a legalidade estrita para a criminalização do terrorismo, mantendo intenções gerais de repressão na Constituição Federal (arts. 4º e 5º, inc. XLIII), na Lei de Crimes Hediondos (Lei Federal n.º 8.072/1990) e na Lei Federal n.º 7.130/1983 (art. 20 – a vaguidão da previsão “atos de terrorismo” não pode valer para incriminação, mas tão somente como programa, sob pena de violação da estrita legalidade penal).

Existem, sim, como evidenciado, dificuldades na conceituação do que seriam condutas de terrorismo, mas o legislador pode fazer suas escolhas soberanas – e existem alguns projetos de lei em trâmite – dentro de ideias desenvolvidas por doutrinadores de diversas *expertises* (sociologia, v.g.), bem como colher de legislações estrangeiras. De toda sorte, na atualidade, algumas condutas amplamente aceitas como atos de terrorismo podem ser perfeitamente subsumidas às previsões típicas dos arts. 15, 16 e 18 da Lei Federal n.º 7.130/1983, as quais são de competência da Justiça Federal, por serem afetos à Segurança Nacional (art. 109, inc. IV, 1ª parte, CRFB/88):

Art. 15 - Praticar sabotagem contra instalações militares, meios de comunicações, meios e vias de transporte, estaleiros, portos, aeroportos, fábricas, usinas, barragem, depósitos e outras instalações congêneres.

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

§ 1º - Se do fato resulta:

- a) lesão corporal grave, a pena aumenta-se até a metade;
- b) dano, destruição ou neutralização de meios de defesa ou de segurança; paralisação, total ou parcial, de atividade ou serviços públicos reputados essenciais para a defesa, a segurança ou a economia do País, a pena aumenta-se até o dobro;
- c) morte, a pena aumenta-se até o triplo.

§ 2º - Punem-se os atos preparatórios de sabotagem com a pena deste artigo reduzida de dois terços, se o fato não constitui crime mais grave.

Art. 16 - Integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça.

Pena: reclusão, de 1 a 5 anos.

Art. 17 - Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito.

Pena: reclusão, de 3 a 15 anos.

Parágrafo único.- Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até a metade; se resulta morte, aumenta-se até o dobro.

Art. 18 - Tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados.

Pena: reclusão, de 2 a 6 anos.

Uma crítica que se faz a essas adequações típicas não direcionadas à repressão do terrorismo em si é que suas penas podem ser diferentes das proporcionalmente adequadas e que lhes carece indicação de dolo específico de ato de terror<sup>1695</sup>. De toda sorte, no quadro de tipificações penais existentes, os tribunais não parecem encampar a previsão de atos de terrorismo que recaiam em tipos penais existentes como sujeitos à regra de competência da internacionalidade, ora discutida, permanecendo as regras pertinentes a cada espécie delitiva, que sequer mencionam o *nomen juris* terrorismo--. Decerto, uma vez aprovada a figura típica de terrorismo, esta deverá sujeitar-se à citada regra constitucional de competência, eis que é, indiscutivelmente, um dos crimes que encontram maior interesse de repressão coordenada pela comunidade internacional, contando com vasto corpo de compromissos internacionais em forma de convenções e tratados.

Assevere-se, por fim, que os instrumentos de Direito Internacional Público ratificados pelo Brasil que não tenham natureza de garantidores de direitos humanos *de per se*, têm, uma vez internalizados, hierarquia normativa de lei ordinária, conforme entendimento consagrado do Supremo Tribunal Federal (ADI-MC 1480-3/DF). Por outro aspecto, como já mencionado (STF, HC 96007/SP, inteiro teor, e RHC 124.082/DF), sendo estes incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro por meio de Decreto, e não por processo legislativo endógeno, sob o manto das prescrições da Constituição Federal

---

<sup>1695</sup> Como destaca Guimarães, expressões tais como “com o fim de...” ou “em razão de...”, que sejam adequadas à finalidade ou à causa da conduta ao que internacionalmente se tem aceitado como definição de terrorismo. (GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. *Tratamento Penal do Terrorismo*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2007, p. 98).

brasileira, eventuais pretensões incriminadoras contidas em tais instrumentos não têm o poder de criar tipos penais, podendo, unicamente, nesse aspecto, representar intenção política de fazê-lo posteriormente e pelos meios próprios.